
SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

France

MANUEL DE DROIT PUBLIC FRANÇAIS

I

DROIT CONSTITUTIONNEL

Théorie générale de l'État — Organisation politique

PAR

Léon DUGUIT

PROFESSEUR DE DROIT A L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

MANUEL DE DROIT PUBLIC FRANÇAIS

II

DROIT ADMINISTRATIF

Organisation administrative — Travaux publics
Assistance publique — Domaine public

PAR

Félix MOREAU

PROFESSEUR DE DROIT A L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

I

DROIT CONSTITUTIONNEL

Par Léon DUGUIT

DU MÊME AUTEUR

La séparation des pouvoirs et l'assemblée nationale de 1789, 1 vol. in-8°, 1894.

L'Etat, le droit objectif et la loi positive, 1 vol. in-8°, 1901.

L'Etat, les gouvernants et les agents, 1 vol. in-8°, 1903..

MANUEL

DE

DROIT CONSTITUTIONNEL

Théorie générale de l'Etat — Organisation politique

PAR

Léon DUGUIT

PROFESSEUR DE DROIT A L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX



PARIS

ANCIENNE LIBRAIRIE THORIN ET FILS

ALBERT FONTEMOING, EDITEUR

LIBRAIRE DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME

DE L'INSTITUT FRANÇAIS D'ARCHÉOLOGIE ORIENTALE DU CAIRE

du Collège de France et de l'Ecole Normale Supérieure

4, RUE LE GOFF, 4

—

1907

Bordeaux, Y. Cadoret, impr., 17, rue Poquelin-Molière.

AVERTISSEMENT

Ce n'est pas dans un pays de suffrage universel qu'il peut être besoin de démontrer l'utilité des études de droit public. Chacun participant à la puissance publique doit connaître le fondement et l'étendue des pouvoirs de l'Etat, le mécanisme des organes politiques. Ce livre s'adresse surtout aux étudiants des facultés de droit, mais aussi à tous ceux qui, soucieux de remplir leurs devoirs de citoyens en connaissance de cause, voudront étudier les principes de notre droit public. L'auteur espère en outre que ce Manuel *pourra parfois être pour les maîtres un commode instrument de travail.*

Pour répondre à ces fins différentes, nous avons adopté une disposition typographique, qui, dans les savants ouvrages de M. Baudry-Lacantinerie et de M. Planiol sur le droit civil, a fait ses preuves. Les parties essentielles du Manuel *sont imprimées en caractères plus gros; ceux qui voudront avoir de simples notions générales sur le droit constitutionnel pourront se contenter de cette lecture; elle représente le minimum de préparation pour les candidats au premier examen de droit. Tous les développements historiques, toutes les discussions théoriques et exégétiques, tous les renseignements bibliographiques sont imprimés en caractères plus*

petits. Cette partie s'adresse aux candidats au doctorat politique, à tous ceux qui désireront approfondir les problèmes passionnants du droit public.

*Le lecteur se demandera peut-être comment nous consacrons tout un chapitre (chap. I*er *de la 1*re *partie) à l'exposé d'une théorie que nous avons combattue dans notre volume:* L'Etat, le droit objectif et la loi positive (1901), *la théorie de la personnalité et de la souveraineté de l'Etat. Ce n'est point que nous abandonnions les idées exposées autrefois ; nous persistons à penser que cette conception de la souveraineté de l'Etat-personne est artificielle, contraire aux faits et par suite tout à fait antiscientifique, et l'on verra que dans l'exposé que nous en donnons nous n'avons point manqué d'en montrer les contradictions et les impossibilités. Mais dans un* Manuel *nous ne pouvions pas ne pas exposer une doctrine qui occupe une place encore prépondérante dans les théories françaises et étrangères du droit public moderne. Au surplus, il nous a semblé que le meilleur moyen de montrer le néant de cette doctrine était de l'exposer dans ses principes et ses conséquences.*

Nous ne nous dissimulons point les imperfections de notre livre. Enseignant le droit public depuis 20 années, nous avons cru pouvoir tenter l'entreprise difficile d'un Manuel. *Peut-être nous sommes-nous trompé. En tous cas, nous serons profondément reconnaissant à tous ceux qui voudront bien nous signaler des lacunes ou des erreurs. Puisse notre effort rendre quelques services et inspirer à quelques-uns le goût du droit public !*

Bordeaux, 11 septembre 1906.

INTRODUCTION

1. Le droit objectif et le droit subjectif. — Par le même mot *droit*, on désigne deux choses qui, sans doute, se pénètrent intimement, mais qui sont cependant tout à fait différentes, le *droit objectif* et le *droit subjectif*.

Le *droit objectif* ou la *règle de droit* est la règle de conduite qui s'impose aux individus vivant en société, règle dont le respect est considéré à un moment donné par une société comme la garantie de l'intérêt commun et dont la violation entraîne une réaction collective contre l'auteur de cette violation.

Le *droit subjectif* est un pouvoir de l'individu vivant en société. C'est le pouvoir pour l'individu d'obtenir la reconnaissance sociale du résultat qu'il veut, quand le motif qui détermine son acte de volonté est un but reconnu légitime par le droit objectif.

Ces expressions *droit objectif* et *droit subjectif* sont aujourd'hui courantes dans la terminologie juridique. Depuis longtemps déjà, elles sont communément employées par les jurisconsultes allemands, et, depuis quelques années, elles ont acquis droit de cité dans la littérature juridique de notre pays. D'aucuns le regrettent et critiquent ce qu'ils appellent dédaigneusement une importation germanique. Nous ne tenons pas aux expressions; mais nous tenons à la distinction qu'elles expriment et que les jurisconsultes français ont eu le tort pendant longtemps de ne pas faire nettement. A tout prendre, les expressions *droit objectif* et *droit subjectif* sont commodes, claires et précises, et, dès lors, l'emploi en est tout à fait légitime.

Sur la nature du droit objectif conçu comme règle de conduite sociale s'imposant à l'homme sous une sanction sociale, on est d'accord. Des divergences apparaissent relativement à la définition du droit subjectif; mais elles sont plus apparentes que réelles. A la

définition formulée précédemment, on oppose souvent celle donnée par Ihering : « Les droits sont des intérêts juridiquement protégés » (*Esprit du droit romain,* édit. française, 1878, IV, p. 326). L'opposition n'est qu'apparente ; car le fondement du droit subjectif serait-il uniquement l'intérêt du titulaire de ce droit, la valeur sociale n'en apparaît qu'au moment où cet intérêt s'affirme à l'extérieur par une manifestation de volonté du titulaire du droit ou d'une autre personne, de telle sorte que socialement le droit subjectif se résume toujours en un *pouvoir de vouloir*. Cf. en ce sens Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte,* 2e éd., 1905, p. 44.

Certains auteurs distinguent les droits subjectifs et les *réflexes du droit objectif;* ils désignent par cette dernière expression les pouvoirs, qui résulteraient de la loi pour certaines volontés, mais dont la garantie ne serait pas socialement organisée. V. notamment Jellinek, *System,* p. 67-81. Il ne peut entrer dans le cadre d'un manuel de discuter à fond cette conception ; il suffit de faire remarquer que l'impossibilité de fait, reconnue par M. Jellinek lui-même, de déterminer les cas où il existe un *droit subjectif* ou simplement un *réflexe du droit objectif,* constitue un grave préjugé contre cette doctrine et que, d'autre part, la notion du *droit subjectif* impliquant simplement la reconnaissance sociale d'un pouvoir-vouloir, il n'est point nécessaire pour qu'il y ait droit subjectif que la garantie du *pouvoir-vouloir* soit positivement organisée. Cf. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive,* 1901, p. 140 et suiv.

2. Fondement du droit. — Pour bien poser et bien comprendre la question, imaginons une société idéale où il n'y aurait pas d'autorité politique, pas de lois écrites. Dans une pareille société, existerait-il un droit et quel serait le fondement de ce droit ?

Qu'il y ait un droit, cela nous paraît incontestable. Nous dirons même : il faut qu'il y ait un droit. Nous savons bien que sous l'influence de Hegel et de Ihering, tout une école, principalement en Allemagne, enseigne que le droit ne se conçoit que comme une création de l'Etat et n'a pu exister que du jour où un Etat constitué l'a formulé ou, tout au moins, l'a sanctionné. Il faut, à notre sens, énergiquement repousser une pareille conception. Ne pourrait-on pas établir le fondement du droit en dehors d'une création par l'Etat, il faudrait affirmer, *comme postulat,* l'existence d'un droit antérieur et supérieur à l'Etat. La conscience

moderne sent le besoin impérieux d'une règle de droit, s'imposant avec la même rigueur à l'Etat détenteur de la force et aux sujets de l'Etat. Il n'est pas impossible au reste de montrer qu'en dehors d'une création par l'Etat, le droit a un fondement solide, qu'il est antérieur et supérieur à l'Etat et que, comme tel, il s'impose à lui.

Ihering a écrit : « Ç'a été un grand progrès de la philosophie contemporaine du droit sur les doctrines de droit naturel que de reconnaître que le droit est conditionné par l'Etat. Mais on va trop loin quand on dit avec Hegel que la période antérieure à la formation de l'Etat est dépourvue de tout intérêt scientifique » (*Der Zweck im Rechte*, 1877, I, p. 241). Ihering dit encore : « Le droit est la somme des règles de contrainte s'appliquant dans un Etat; l'Etat ayant le monopole de la contrainte, seules les règles investies par l'Etat de cet effet sont des règles de droit; l'Etat est la seule source du droit » (*Ibid.*, p. 318). Ces doctrines inspirent les représentants les plus accrédités du droit public en Allemagne et particulièrement M. Laband et M. Jellinek; elles ont une influence certaine sur la jeune école française. Nous ne saurions les repousser trop énergiquement : avec elles, il est impossible d'arriver à limiter juridiquement l'action de l'Etat. A dire le vrai, il est même impossible, si on les admet, de donner un fondement véritable au droit public ; on verra plus loin en effet (§ 17) combien est fragile la base de l'*autolimitation* de l'Etat, sur laquelle beaucoup d'auteurs, à la suite de Ihering, veulent fonder tout le droit public.

On doit dire un mot des doctrines de M. Gierke et des jurisconsultes qui procèdent de lui. D'après eux, la question de savoir si le droit existe antérieurement à l'Etat et indépendamment de lui ne se pose pas : le droit n'est pas plus enfanté par l'Etat que l'Etat n'est enfanté par le droit; aucun des deux n'a existé avant l'autre ou par l'autre. Mais M. Gierke lui-même aboutit à des conclusions, qui se rapprochent singulièrement de celles précédemment indiquées et repoussées. Il écrit en effet : « Quoique les fonctions sociales de l'Etat et du droit soient de nature différente, cependant elles sont établies l'une par l'autre et ne peuvent trouver leur réalisation complète que l'une par l'autre. Sans le secours de la puissance étatique, le droit ne peut pas remplir complètement sa mission..., le droit trouve sa perfection seulement si l'Etat met sa puissance à sa disposition. » Ainsi, pour M. Gierke, l'idée de droit est indépendante de l'idée d'Etat; mais s'il paraît admettre que le droit interdit à l'Etat de faire certaines choses, il ne semble point enseigner (ce qui est pour nous essentiel), que l'Etat soit obligé, par une règle de droit supérieure à lui, de faire certaines choses. Gierke, *Die Grundbegriffe des Staates und die neuesten Staatsrechtheorien*, dans *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, Tubin-

gen, XXX, p. 160, 1874; Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich*, 1889, particulièrement p. 205 et 206. Pour les critiques de ces diverses doctrines, Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, chap. II. — Cf. Krabbe, *Die Lehre der Rechtssouveränitat*, 1906; Seidler, *Das juristische Kriterium des Staats*, 1905.

L'esprit humain sent impérieusement le besoin de déterminer le fondement du droit conçu comme règle sociale, de telle sorte que cette règle s'impose non seulement aux individus, mais à l'Etat lui-même, quelle que soit d'ailleurs la conception qu'on se forme de l'Etat, l'Etat moderne nous apparaissant avant tout comme formulant des règles, dont il impose l'obéissance sous la sanction de la force matérielle dont il dispose.

Le problème n'est pas nouveau, et il s'est posé à l'esprit de l'homme du jour où il a commencé à réfléchir aux choses sociales. Les doctrines, qui ont été proposées pour la solution du problème, sont innombrables et de gros livres ne suffiraient pas à en exposer la formation et les conclusions. Cependant, il nous semble que ces doctrines si nombreuses se rattachent à deux tendances générales différentes et par suite peuvent se classer en deux groupes :

1° Les doctrines du droit *individuel;* 2° les doctrines du droit *social*.

3. Doctrines du droit individuel. — Quelque variées que soient ces doctrines, elles se ramènent toutes aux idées essentielles suivantes :

En venant au monde, l'homme possède, en sa qualité d'homme, certains pouvoirs, certains droits subjectifs qui sont des *droits individuels naturels*. Il naît *libre*, c'est-à-dire avec le droit de développer librement son activité physique, intellectuelle et morale et en même temps il a droit au produit de cette activité. Cette liberté physique, intellectuelle et morale, il a droit de l'imposer au respect de tous; ainsi existe pour tous l'obligation de respecter le libre développement de l'activité physique, intellectuelle et morale de chacun, et cette obligation est le fondement même du droit, règle sociale.

Mais, par la force même des choses, la sauvegarde des droits individuels de tous rend nécessaire une limitation respective des droits individuels de chacun. D'où il suit que dans la doctrine individualiste, la règle de droit d'une part impose à tous le respect des droits individuels de chacun, et d'autre part, impose une limitation aux droits individuels de chacun, pour assurer la protection des droits individuels de tous. Ainsi on part du droit subjectif pour s'élever au droit objectif; on fonde le droit objectif sur le droit subjectif.

Cette doctrine implique l'égalité des hommes, puisque tous les hommes naissent avec les mêmes droits et doivent conserver les mêmes droits. Les limitations aux droits de chacun, rendues nécessaires par la vie sociale, doivent être les mêmes pour tous; car si elles étaient différentes, les hommes d'un même groupe social n'auraient plus tous les mêmes droits. L'égalité n'est pas à vrai dire un droit, mais cependant elle s'impose au respect de l'Etat; car si l'Etat y portait atteinte, il porterait forcément atteinte aux droits de quelques-uns.

D'autre part, cette doctrine implique que la règle de droit doit être toujours la même dans tous les temps, dans tous les pays, chez tous les peuples; elle est en effet fondée sur les droits individuels naturels de l'homme, qui ont été, qui sont et qui seront toujours et partout, pour tous les hommes, les mêmes droits. Sans doute, les peuples ont eu une conscience plus ou moins claire de l'existence, de l'étendue de ces droits et de la règle sociale qui en résulte; mais le droit idéal, absolu, naturel, existe néanmoins; les sociétés humaines s'en approchent chaque jour davantage; les unes en sont encore très éloignées, les autres plus rapprochées; cette ascension vers le droit pur a des moments d'arrêt, même de recul, mais elle est constante; et tous les peuples de la terre marchent vers cet idéal commun. Le rôle des juristes est de travailler à la re-

cherche de cet idéal juridique; le rôle du législateur est de le réaliser et de le sanctionner.

On essaiera de montrer au § suivant combien cette doctrine du droit individuel est artificielle. Mais elle n'en constitue pas moins un fait de premier ordre dans l'histoire de la pensée juridique. Elle puise ses racines dans un lointain passé ; elle a été définitivement élaborée au XVIII[e] siècle et elle a trouvé sa formule précise dans la *Déclaration des droits de 1789*. « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme... L'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits » (art. 1, 2, 4).

Nos lois et nos codes sont pour la plupart inspirés par cette doctrine. Quoique reposant sur des idées inexactes, la doctrine individualiste a rendu un immense service et réalisé un progrès considérable : elle a permis d'affirmer nettement pour la première fois la limitation par le droit des pouvoirs de l'Etat. Cf. Beudant, *Le droit individuel et l'Etat*, 1891 ; Henry Michel, *L'idée de l'Etat*, 1896.

4. Critique de la doctrine individualiste. — La doctrine individualiste, à notre sens, ne saurait être admise, parce qu'elle repose sur une affirmation *a priori* et hypothétique. On affirme en effet que l'homme naturel, c'est-à-dire l'homme pris comme être isolé, séparé des autres hommes, est investi de certaines prérogatives, de certains droits, qui lui appartiennent parce qu'il est homme, « à cause de l'éminente dignité de la personne humaine », suivant l'expression de M. Henry Michel. Or cela est une affirmative purement gratuite. L'homme naturel, isolé, naissant libre et indépendant des autres hommes, et ayant des droits constitués par cette liberté, cette indépendance même, est une abstraction sans réalité. Dans le fait, l'homme naît membre d'une collectivité ; il a toujours vécu en société et ne peut vivre qu'en société, et le point de départ de toute doctrine sur le fondement du droit doit être sans doute l'homme naturel ; mais l'homme naturel n'est pas l'être isolé et libre des philosophes du XVIII[e] siècle; c'est l'individu pris dans les liens de la solidarité sociale. Ce que l'on doit

donc affirmer, ce n'est pas que les hommes naissent libres en droit; mais bien qu'ils naissent membres d'une collectivité et assujettis par ce fait à toutes les obligations qu'impliquent le maintien et le développement de la vie collective.

D'autre part l'égalité absolue de tous les hommes, qui est un corollaire logique du principe individualiste, est contraire aux faits. Les hommes, loin d'être égaux, sont en fait essentiellement différents les uns des autres et ces différences s'accusent d'autant plus que les sociétés sont plus civilisées. Les hommes doivent être traités différemment, parce qu'ils sont différents; leur état juridique, n'étant que la traduction de leur situation par rapport à leurs semblables, doit être différent pour chacun d'eux, parce que le rôle que joue chacun à l'égard de tous est essentiellement divers. Une doctrine qui aboutit logiquement à l'égalité absolue, mathématique des hommes, est par cela même contraire à la réalité et doit être rejetée.

La doctrine individualiste conduit aussi à la notion d'un droit idéal, absolu, qui serait le même dans tous les temps, dans tous les pays, et dont les hommes se rapprocheraient constamment davantage, malgré certains moments de régression partielle. Cette conséquence condamne encore la doctrine individualiste; car la notion d'un droit idéal, absolu, est anti-scientifique. Le droit est un produit de l'évolution humaine, un phénomène social, sans doute d'un ordre différent de celui des phénomènes physiques, mais qui pas plus qu'eux ne se rapproche d'un idéal, d'un absolu. On peut bien dire que le droit de tel peuple est supérieur au droit de tel autre, mais ce ne peut être qu'une comparaison toute relative; elle implique, non pas que le droit de l'un se rapproche plus que le droit de l'autre d'un idéal juridique absolu, mais seulement que le droit de l'un est mieux adapté, à un moment donné, aux besoins, aux tendances de ce peuple que le droit de l'autre.

La doctrine individualiste doit être rejetée aussi parce qu'elle ne répond pas au désideratum que doit réaliser toute doctrine sur le fondement du droit : établir le principe d'une limitation juridique, *négative* et *positive* des pouvoirs de l'Etat. Si la doctrine individualiste peut déterminer ce que ne peut pas faire l'Etat, elle ne peut lui imposer des obligations juridiques positives, et par exemple fonder son devoir d'assistance (V. *infra,* § 93).

D'autre part la doctrine individualiste, partant de cette idée que l'homme naturel est libre et indépendant des autres hommes, isolé, doit expliquer comment les hommes, par leur nature même indépendants les uns des autres, vivent en société; elle se trouve de ce fait en présence d'un problème insoluble, dont ses partisans n'ont donné qu'une seule solution implicitement ou explicitement, la solution du contrat social. Les hommes, dit-on, forment une société parce qu'ils ont par un contrat renoncé à une partie de leur indépendance naturelle pour acquérir en retour la sécurité. Cf. Locke, *Du gouvernement civil,* édit. franç., 1691, ch. VII, p. 122; — J.-J. Rousseau, *Contrat social,* liv. II, ch. VIII. On s'accorde aujourd'hui à reconnaître que l'hypothèse du contrat social est insoutenable. Il est facile de le montrer. Pour que l'homme ait fait un contrat avec d'autres hommes, et un contrat obligatoire, il faut qu'il ait eu l'idée du contrat, et l'idée de pouvoir limiter son indépendance par un contrat conclu avec d'autres hommes. Or cette idée, il n'a pu l'avoir que parce qu'il était en rapport avec d'autres hommes. Mais s'il était en rapport avec d'autres hommes, quelque lâches, quelque incertains que fussent ces rapports, ils formaient un lien social, et les hommes n'ont pu penser à faire un contrat qu'au moment où ils vivaient déjà en société; ainsi donc ce n'est pas un contrat qui a donné naissance aux sociétés humaines, puisque l'idée du contrat n'a pu naître dans l'esprit humain qu'au moment où les hommes vivaient déjà en société. Cela ruine la doctrine du contrat social et en même temps la doctrine individualiste, puisque celle-ci, sans l'hypothèse du contrat social, est impuissante à expliquer la formation des sociétés humaines.

5. Doctrines du droit social. — Nous qualifions ainsi toutes les doctrines qui partent de la société pour arriver à l'individu, du droit objectif pour arriver au droit subjectif, de la règle sociale pour arriver au droit individuel, toutes les doctrines qui affirment l'existence d'une règle s'imposant à l'homme vivant en société, et qui font dériver ses droits subjectifs de ses obligations sociales, toutes les doctrines qui affirment que l'homme, être naturellement social, est par cela même soumis à une règle sociale, qui lui impose des obligations vis-à-vis des autres hommes, et que ses

droits ne sont que des dérivés de ses obligations, les pouvoirs qu'il a de remplir librement et pleinement ses devoirs sociaux.

Ces doctrines, que nous avons appelées doctrines du *droit social*, devraient être appelées plus exactement doctrines *socialistes* par opposition aux doctrines *individualistes* précédemment exposées. Nous n'employons pas cependant cette expression, parce qu'elle est à la fois trop vague et trop précise : trop vague parce que l'on qualifie de socialistes des doctrines infiniment diverses par leurs principes et par leurs tendances, et trop précise parce que le mot socialiste désigne surtout aujourd'hui en France un parti politique qui tend, par des moyens divers, *évolutifs* d'après les uns, révolutionnaires d'après les autres, à la suppression de la propriété individuelle. Il va sans dire que si, dans la suite de l'exposition, nous opposons à la doctrine individualiste la doctrine socialiste, dans notre pensée cette expression désignera seulement la doctrine qui fonde le droit sur le caractère social et les obligations sociales de l'homme.

Les doctrines du droit social sont à l'heure actuelle en voie d'élaboration ; la conception socialiste du droit tend à remplacer partout, dans la doctrine, dans la jurisprudence et même dans la loi positive, la conception individualiste. Dans cette période de transition, il est difficile de saisir d'une manière précise les doctrines des divers publicistes et nous devons nous borner à tenter d'édifier une doctrine personnelle cohérente.

6. La solidarité sociale. — Nous partons de ce fait incontestable que l'homme vit en société, qu'il a toujours vécu en société et qu'il ne peut vivre qu'en société avec ses semblables, que la société humaine est un fait primaire et naturel, et non point le produit d'un vouloir humain. Tout homme fait donc partie, a toujours fait et fera toujours partie d'un groupe humain. Mais en même temps l'homme a toujours eu une conscience plus ou moins claire de son individualité ; l'homme se saisit comme personne individuelle ayant des besoins, des tendances, des aspirations. Il comprend aussi que ces besoins il ne les peut satisfaire, que ces tendances, ces aspirations il ne les peut réaliser que par la vie commune avec d'autres hommes.

L'homme en un mot a la conscience, plus ou moins nette suivant les époques, de sa *sociabilité*, c'est-à-dire de sa dépendance d'un groupe humain, et de son *individualité*. Ce n'est pas là une affirmation *a priori*, mais bien une constatation positive.

Il y a donc et il y a toujours eu des groupes sociaux et les hommes qui en font partie ont à la fois conscience de leur individualité propre et des liens qui les unissent aux autres hommes. Quels sont ces liens ? On les désigne d'un mot, dont on fait à l'heure actuelle un étrange abus, mais qui reste, malgré le discrédit que les politiciens ont quelque peu jeté sur lui, le plus exact et le plus commode. L'homme, dirons-nous, est uni aux autres hommes par les liens de la *solidarité sociale*.

Cette solidarité sociale embrasse-t-elle tous les membres de l'humanité? Assurément oui. Mais ces liens sont encore bien lâches et bien incertains; l'humanité est actuellement encore divisée en un certain nombre de groupes sociaux plus ou moins étendus, et l'homme ne se conçoit guère que solidaire des autres hommes appartenant au même groupe que lui. Viendra-t-il un jour où la solidarité humaine absorbera les solidarités locales, régionales ou nationales, un jour où l'homme se considérera comme citoyen du monde ? N'est-ce là qu'un beau rêve ou une réalité en marche ? Nul ne le sait. Quoi qu'il en soit, l'homme s'est considéré jusqu'à présent, et se considère encore comme plus particulièrement solidaire des membres d'un groupe déterminé. L'humanité est divisée en un nombre considérable de groupes sociaux.

Ces groupes ont revêtu diverses formes contingentes, dont les principales sont dans l'ordre chronologique : la *horde*, où les hommes vivent ensemble, sans demeure fixe, réunis les uns aux autres par les besoins de la défense et de la subsistance communes ; la *famille*, groupe plus intégré, parce qu'à la solidarité née de la défense et de la subsistance communes s'ajoutent

les liens du sang et la communauté de religion; la *cité*, groupement de familles ayant une origine, des traditions et des croyances communes; enfin la *nation*, forme par excellence des sociétés modernes civilisées, et dont la constitution est due à des facteurs très divers, communauté de droit, de langue, de religion, de traditions, de luttes, de défaites et de victoires.

Mais quelque diverses qu'aient été dans le passé et que puissent être dans l'avenir les formes sociales, quelque variables et divers que soient, suivant les temps et les pays, les liens de solidarité qui unissent entre eux les membres d'un même groupe social, nous croyons cependant que la solidarité sociale peut se ramener à un des éléments essentiels et irréductibles, qui sont les suivants. Les hommes d'un même groupe social sont solidaires les uns des autres : 1° parce qu'ils ont des besoins communs auxquels ils ne peuvent assurer satisfaction que par la vie commune; 2° parce qu'ils ont des besoins différents et des aptitudes différentes, et qu'ils assurent la satisfaction de leurs besoins différents par l'échange de services réciproques, dus au développement et à l'emploi de leurs aptitudes différentes. La première espèce de solidarité est la solidarité *par similitudes ;* la seconde, la solidarité *par division du travail.*

Ces deux espèces de solidarité peuvent se traduire en des formes infiniment diverses, suivant les époques et les pays; l'une peut prédominer sur l'autre; mais qu'on observe une société quelconque et on constate que la force, qui en maintient la cohésion, est cette solidarité par similitudes ou par division du travail; la société est d'autant plus forte que les liens de la solidarité qui en unit les membres sont plus étroits. L'observation démontre en outre qu'avec le progrès, la solidarité par division du travail grandit de plus en plus, la solidarité par similitudes restant au second plan. Les hommes deviennent de plus en plus différents les uns des autres, différents par leurs aptitu-

des, leurs besoins, leurs aspirations; par suite, les échanges de services deviennent plus fréquents et plus complexes, et par là les liens de solidarité sociale deviennent plus forts.

C'est M. Durkheim, dans son beau livre la *Division du travail social,* 1893, qui le premier a déterminé la nature intime de la solidarité sociale et a su en montrer les deux formes essentielles : la solidarité par similitudes et la solidarité par division du travail; il appelle aussi la première la solidarité *mécanique,* et la seconde la solidarité *organique.* M. Durkheim a épuisé le sujet; et si l'on peut critiquer quelques points de détail dans son livre, ses conclusions générales nous paraissent hors de toute contestation.

Nous disons avec M. Durkheim que les membres d'un même groupe social sont unis naturellement les uns aux autres par une double solidarité, mécanique et organique. Mais à notre sens on ne saurait aller plus loin. Les sociologues modernes discutent beaucoup la question de savoir si la société a une réalité véritable distincte des individus qui la composent; toute une série de systèmes ont été édifiés sur ce point. Ils n'ont rien de scientifique, et sont purement artificiels. Les uns ont dit : la société est une réalité psychologique; il y a une conscience sociale distincte des consciences individuelles (Espinas, *Être ou ne pas être, Revue philosophique,* 1901, I, p. 478). Les autres ont dit : la société est un organisme vivant dont les individus ne sont que les cellules, et on a voulu démontrer que dans le corps social se retrouvent des tissus et des organes identiques à ceux des individus vivants. Herbert Spencer, *Principes de sociologie,* II, 1882 et Schäffle, *Bau und Leben des sozialen Körpers,* 2 vol., Tübingen, 1896 sont les promoteurs contemporains de ces doctrines; ils ont cependant déclaré l'un et l'autre qu'en parlant d'organes et de tissus sociaux, ils avaient simplement usé de métaphore, de comparaison (Schäffle, *Zeitschrift de Tübingen,* 1903, p. 294 et suiv., et 1904, p. 103 et suiv.). D'autres auteurs enseignent que les sociétés sont véritablement, réellement des êtres vivants et organisés. De même que l'on fait de la psychologie sociale, ils veulent faire de la biologie et de la pathologie sociales. Cf. R. Worms, *Organisme et société,* 1896; — Lilienfeld, *La pathologie sociale,* 1896. Une bonne réfutation de l'idée de la société-organisme par Tarde, *Revue philosophique,* 1896, I, p. 637; Jellinek, *Allgemeine Staatslehre.* 2e édit., 1905, p. 143. — Cf. *Annales de l'Institut de sociologie,* 1897, I, p. 170.

Tout cela n'a rien de scientifique; il y a là jeux d'esprit et pas autre chose. On n'a jamais démontré qu'en dehors des consciences individuelles il y eût une conscience sociale distincte d'elles. Les hommes d'une même société, à un moment donné, pensent une même chose; le contenu de leur conscience est un contenu social; leur conscience est individuelle. Quand on parle de conscience

sociale, il y a là simple métaphore ; il faudrait dire : le contenu social des consciences individuelles. On n'a pas vu davantage un organisme social distinct des organismes individuels. Il y a des individus, qui remplissent un rôle social, parce qu'ils travaillent à la réalisation de la solidarité sociale ; mais si l'on parle d'organes sociaux, c'est encore pure métaphore, pour dire qu'il y a des organismes individuels qui remplissent un rôle social. Cf. Tarde, *La réalité sociale, Revue philosophique,* 1901, II, p. 464.

Quelques esprits ont vu dans les sociétés humaines des ensembles de forces naturelles et dans les faits sociaux des phénomènes identiques aux phénomènes de la nature et soumis à des lois de même ordre. Donnant à l'expression d'Auguste Comte une portée qu'elle n'avait certainement pas dans l'esprit du grand penseur, ils ont parlé d'une *physique sociale*. Que dans les sociétés humaines agissent un grand nombre de forces inconscientes et d'ordre biologique ou physique, on ne le saurait contester ; il suffit de rappeler le climat, la configuration du sol, la force physiologique de la race, etc... Mais il est incontestable en même temps que le grand facteur des relations sociales est avant tout l'homme même, être conscient de lui-même, de ses aspirations et de ses besoins. Peut-être y a-t-il des consciences et des volontés dans le monde physique ; mais nul ne le sait et ne le saura jamais. Au contraire, le monde social est le monde des consciences et des volontés individuelles. C'est une aberration pure de vouloir transporter dans le monde des consciences et des volontés humaines les lois de l'univers physique. Le monde social a ses lois comme le monde physique ; mais ce sont des lois d'un ordre différent. Les unes s'appliquent à des faits inconscients déterminés les uns par les autres et sont des *lois de cause ;* les autres s'appliquent à des volontés qui poursuivent consciemment un but et sont des *lois de but*. Cf. Ihering, *Der Zweck im Rechte,* I, p. 2 et suiv. ; — Tonnies, *Zur naturwissenschafliche Gesellschaftlehre, Jahrbücher de Schmoller,* 1905, p. 27 ; — Wundt, *Ethik,* p. 2 et suiv. et p. 462 et suiv.

Sur la conception morale et les applications sociales de la solidarité, cf. L. Bourgeois, *Solidarité,* 1896 ; *Essai d'une philosophie de la solidarité,* série de conférences faites sous la direction de M. L. Bourgeois, 1901-1902 et 1902-1903, 2 vol. — Cf. notamment, dans le premier volume, la conférence de M. Darlu, *Solidarité et morale personnelle.*

7. Le droit fondé sur la solidarité sociale. — L'existence, la nature et l'étendue de la solidarité sociale étant établies, il est aisé de montrer comment elle est le vrai fondement du droit. L'homme vit en société et ne peut vivre qu'en société ; la société ne subsiste que par la solidarité qui unit entre eux les

individus qui la composent. Par conséquent, une règle de conduite s'impose à l'homme social par la force même des choses, règle qui peut se formuler ainsi : ne rien faire qui porte atteinte à la solidarité sociale sous l'une de ses deux formes et faire tout ce qui est de nature à réaliser et à développer la solidarité sociale mécanique et organique. Tout le droit objectif se résume en cette formule, et la loi positive pour être légitime devra être l'expression, le développement ou la mise en œuvre de ce principe.

Cette règle de conduite, règle de droit, née de la solidarité sociale, se modèle sur cette solidarité et nous apparait avec les mêmes caractères. Comme elle, elle est à la fois individuelle et sociale. La règle de droit est sociale par son fondement, en ce sens qu'elle n'existe que parce que les hommes vivent en société. La règle de droit est individuelle parce qu'elle est contenue dans les consciences individuelles; nous repoussons, on l'a dit plus haut, toutes les hypothèses de conscience sociale. La règle est individuelle aussi, parce qu'elle ne s'applique et ne peut s'appliquer qu'à des individus; une règle de conduite ne peut s'imposer qu'à des êtres doués d'une conscience et d'une volonté ; et jusqu'à présent on n'a pas démontré que d'autres êtres que les individus humains eussent une conscience et une volonté.

Etant individuelle, la règle de droit est par là-même diverse. Nous voulons dire que, si la règle de droit est la même pour tous les hommes parce qu'elle impose à tous la coopération à la solidarité sociale, elle impose cependant à chacun des obligations différentes, parce que les aptitudes et les conditions des hommes sont différentes et que par conséquent ils doivent coopérer d'une manière différente à la solidarité sociale. Cela montre combien est fausse la conception si communément répandue, surtout en France, de l'égalité mathématique des hommes.

La règle de droit est à la fois permanente et chan-

geante. Toute société est une solidarité ; toute règle de conduite des hommes vivant en société commande de coopérer à cette solidarité ; tous les rapports sociaux ont toujours été et seront toujours des rapports de similitudes et de division du travail ; d'où la permanence de la règle de droit et de son contenu général. Mais en même temps les formes que revêtent et qu'en fait ont revêtues la solidarité par similitudes et la solidarité par division du travail peuvent varier à l'infini, ont varié et varieront à l'infini. La règle de droit dans son application a varié et variera comme les formes mêmes de la solidarité sociale. La règle de droit telle que nous la concevons n'est pas une règle idéale et absolue, de laquelle les hommes doivent travailler à se rapprocher chaque jour davantage ; elle est une règle variable et changeante ; et le rôle du jurisconsulte est de déterminer quelle règle de droit s'adapte exactement à la structure d'une société donnée. On voit par là comment notre conception de la règle de droit fondée sur la solidarité sociale diffère profondément de la conception courante du droit naturel, compris comme un droit idéal et absolu.

Cette règle de conduite, fondée sur la solidarité sociale, est, disons-nous, la règle de droit. Ne pourrait-on pas objecter qu'il y a là peut-être une règle de morale, mais point une règle de droit? A dire le vrai, la question nous paraît dénuée d'intérêt, et les controverses sans fin, qui s'élèvent depuis des siècles sur la limite de la morale et du droit, nous paraissent vaines. En tous cas il ne peut y avoir entre la morale et le droit qu'une différence de fait en voie d'évolution continuelle. Mais admettons les idées communément reçues et qu'il existe une différence fixe entre la morale et le droit ; il est facile de montrer que la règle que nous avons formulée est règle de droit et non règle de morale. Pour établir une différence spécifique entre le droit et la morale, il faut admettre forcément que la morale peut déterminer un principe permettant d'apprécier la valeur intrinsèque d'un acte. Quel que soit d'ailleurs ce principe, bien absolu, justice, intérêt, bonheur, peu importe, il ne sera un principe de morale que s'il est le critérium qui permet de dire : tel acte est bon en soi. Or dans la règle dont on a essayé de déterminer le fondement et la formule, on ne peut point trouver la mesure de la valeur intrinsèque d'un acte. Nous ne disons pas : l'homme doit coopérer à la solidarité sociale parce que cette coopération est

bonne en soi ; mais l'homme doit coopérer à la solidarité sociale parce qu'il est homme et que comme tel il ne peut vivre que par la solidarité. Nous ne disons pas : l'acte de coopération à la solidarité est bon ; nous disons l'acte de coopération a une valeur et des conséquences sociales. Dès lors cette règle n'est pas une règle de morale, elle ne peut être qu'une règle de droit.

Le droit objectif étant fondé sur la solidarité sociale, le *droit subjectif* en dérive directement et logiquement. En effet, tout individu étant par le droit objectif obligé de coopérer à la solidarité sociale, il en résulte nécessairement qu'il a le *droit* de faire tout acte par lequel il coopère à la solidarité sociale et d'empêcher que quiconque mette obstacle à l'accomplissement du rôle social qui lui incombe. L'homme vivant en société a des droits ; mais ces droits ne sont pas des prérogatives qui lui appartiennent en sa qualité d'homme ; ce sont des pouvoirs qui lui appartiennent parce que, étant homme social, il a un devoir social à remplir et qu'il doit avoir le droit de remplir ce devoir. On voit qu'on est loin de la conception du droit individuel. Ce ne sont pas les droits naturels, individuels, imprescriptibles de l'homme, qui sont le fondement de la règle de droit s'imposant aux hommes vivant en société. C'est au contraire parce qu'il existe une règle de droit, qui oblige chaque homme à remplir un certain rôle social, que chaque homme a des droits lesquels ont ainsi pour principe et pour mesure la mission qu'il doit remplir.

La liberté est un droit, sans doute ; mais non pas une prérogative s'attachant à l'homme parce qu'il est homme. La liberté est un droit parce que l'homme a le devoir de développer aussi complètement que possible son activité individuelle ; car son activité individuelle est le facteur essentiel de la solidarité par division du travail. Il a par suite le droit de développer librement son activité ; mais en même temps il n'a ce droit que dans la mesure où il consacre son activité propre à la réalisation de la solidarité sociale. La liberté étant ainsi comprise reçoit un fondement

inébranlable; car elle n'est alors que la liberté de remplir son devoir social. On verra plus loin que de ce point de vue les libertés les plus attaquées de nos jours, comme par exemple la liberté de l'enseignement, deviennent inattaquables.

Le droit de propriété lui-même ne doit être conçu que comme le pouvoir, pour certains individus se trouvant en fait dans une certaine situation économique, de remplir librement la mission sociale qui leur incombe par suite de leur situation spéciale. Si l'on persiste à faire du droit de propriété un droit naturel de l'homme, fondé sur l'idée que l'homme, ayant le droit d'exercer librement son activité, doit avoir le droit de s'approprier le produit de cette activité, on arrive logiquement au communisme; car tout homme qui travaille devrait être propriétaire et celui-là seul qui travaille pourrait être propriétaire. Avec la conception de la propriété droit naturel, on est à la fois impuissant à justifier les propriétés existant en fait, et aussi à limiter l'exercice du droit de propriété. La propriété individuelle doit être comprise comme un fait contingent, produit momentané de l'évolution sociale; et le droit du propriétaire comme justifié et en même temps limité par la mission sociale qui lui incombe par suite de la situation particulière dans laquelle il se trouve.

Cette notion du droit fondé sur l'idée du devoir a été mise en relief, il y a déjà plus d'un demi-siècle, par Aug. Comte, dans un passage qu'il n'est pas inutile de citer : « La régénération décisive, écrivait le grand penseur en 1855, consistera surtout à substituer toujours les devoirs aux droits pour mieux subordonner la personnalité à la sociabilité. Il n'a pu exister de droits véritables qu'autant que les pouvoirs réguliers émanaient de volontés surnaturelles. Pour lutter contre cette autorité théocratique, la métaphysique des cinq derniers siècles introduisit de prétendus droits humains, qui ne comportaient qu'un office négatif; quand on a tenté de leur donner une destination vraiment organique, ils ont bientôt manifesté leur nature antisociale en tendant toujours à consacrer l'individualité. Chacun a des devoirs et envers tous, mais personne n'a aucun droit proprement dit. Nul ne possède plus d'autre droit que celui

de faire toujours son devoir » (Aug. Comte, *Politique positive*, 1842, II, p. 361).

Les notions de droit objectif et de droit subjectif, fondées l'une et l'autre sur la solidarité sociale, ont pour corollaire immédiat la notion d'*acte juridique*. En effet, si une volonté individuelle se manifeste à l'extérieur et veut une certaine chose conforme à la solidarité sociale ou plus exactement si elle veut un certaine chose que le droit objectif lui permet de vouloir et si elle la veut dans un but de solidarité sociale, cette manifestation de volonté devient un fait social et doit produire un effet social, c'est-à-dire que la chose voulue devra socialement se réaliser et que l'obligation de coopérer à la réalisation de cette chose s'imposera à toute volonté qui peut y contribuer, et cela sous une sanction sociale. L'acte de volonté, qui intervient dans ces conditions, produit une situation de droit, est un acte juridique.

Nous pouvons ainsi formuler la proposition suivante, qui contient la définition de l'acte juridique. Toute manifestation de volonté, déterminée par un but conforme à la solidarité sociale ou, ce qui est la même chose, à la règle de droit, est un acte juridique et crée une situation juridique subjective. Cf. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, chap. III.

Dans le livre que nous venons de citer et que nous nous excusons d'avoir cité déjà trop souvent, nous avons employé une terminologie un peu différente; nous nous sommes attaché à employer le moins possible l'expression droit subjectif, en appelant pouvoir objectif le pouvoir appartenant à toute volonté de vouloir conformément à la règle de droit, et en appelant situation juridique subjective l'effet produit par un acte juridique. Dans ce *Manuel*, nous avons cru devoir nous conformer à la terminologie courante et employer l'expression droit subjectif pour désigner le pouvoir des individus de vouloir conformément au droit objectif.

8. Notion générale de l'Etat. — Jusqu'à présent, nous avons supposé, pour déterminer plus aisément la notion et le fondement du droit, une société imaginaire, dans laquelle n'existerait aucune trace de ce que l'on est convenu d'appeler l'autorité politique, et nous croyons avoir ainsi établi que la notion de droit est complètement indépendante de la notion d'autorité politique. Mais si, au dire de certains sociologues, il existe des sociétés humaines où n'apparaît aucune trace de différenciation politique, il est d'évidence que dans presque toutes les sociétés humaines, chez les plus humbles et les plus barbares, comme chez les plus puissantes et les plus civilisées, nous apercevons

des individus qui commandent à d'autres individus et qui imposent l'exécution de leurs ordres par l'emploi de la contrainte matérielle lorsque besoin est. Voilà, réduite à ses éléments simples, la différenciation politique. Ces individus qui commandent sont les gouvernants; les individus auxquels ils commandent sont les gouvernés. Dans ces sociétés, il y a une autorité politique. Cette autorité politique a en soi toujours et partout le même caractère irréductible. Qu'on la considère dans la horde encore à l'état primitif, appartenant à un chef où à un groupe d'anciens, dans la cité appartenant aux chefs de famille, ou dans les grands pays modernes appartenant à un ensemble plus ou moins compliqué de personnes ou de groupes, princes, régents, rois, empereurs, parlements, etc., l'autorité politique est toujours un fait social de même ordre. Il y a une différence de degré; il n'y a point de différence de nature.

En son sens le plus général, le mot *Etat* désigne toute société humaine, dans laquelle existe une différenciation politique, une différenciation entre gouvernants et gouvernés, en un mot une autorité politique. Les tribus du centre de l'Afrique, qui obéissent à un chef, sont des Etats aussi bien que les grandes sociétés européennes, qui ont un appareil gouvernemental savant et compliqué. Mais il importe de dire tout de suite que le mot *Etat* est réservé pour désigner des sociétés où la différenciation politique est arrivée à un certain degré et où l'autorité politique présente certains caractères qui seront déterminés plus loin. Nous ne dissimulerons pas d'ailleurs tout ce qu'a d'artificiel cette théorie de l'Etat aujourd'hui classique; elle n'en est pas moins intéressante comme effort tenté pour faire ce que nous appellerons la construction juridique de l'Etat moderne (V. toute la 1re partie du *Manuel*).

Notre définition de l'Etat : toute société, où existe une différenciation entre gouvernants et gouvernés, paraîtra peut-être trop sim-

pliste à quelques-uns. Beaucoup d'auteurs modernes estiment que l'Etat est une chose différente suivant qu'on le considère au point de vue politique, juridique ou économique. M. Jellinek, par exemple, distingue la notion sociale de l'Etat et la notion juridique de l'Etat (*Allgemeine Staatslehre*, 2e édit., 1905, p. 155). M. Seidler distingue l'Etat comme phénomène social et l'Etat comme conception juridique (*Das juristische Kriterium des Staates,* 1905, p. 19 et 49). M. Hauriou définit l'Etat « une société dans laquelle un pouvoir propre de domination et un pays légal combinent leur action en vue d'améliorer les conditions de vie du milieu social ; il est à la fois organisme public et milieu de vie ». L'auteur qualifie sa définition de dualiste, finaliste et politique plutôt que juridique (*Précis de droit adm.,* 5e éd., 1905, p. 4). Elle ne nous paraît pas plus exacte pour cela ; M. Hauriou exigeant en vertu de sa définition que pour qu'il y ait un Etat « la collectivité exerce comme un pouvoir propre le droit de délibérer la loi » (p. 7, note 2), il en résulte que la France de Louis XIV et la Russie, avant les manifestes du 15 août et du 30 octobre 1905, n'étaient pas des Etats.

Nous avouons ne pas comprendre qu'une même chose ait une nature différente suivant qu'on la considère en se plaçant à un point de vue différent. L'Etat est un fait social qui reste toujours identique à lui-même, et particulièrement toute théorie juridique qui n'est pas exactement adéquate à ce fait, est sans valeur. La théorie générale des éléments constitutifs de l'Etat qui sera exposée plus loin (V. partie Ire, chap. Ier) n'échappe pas complètement à ce reproche. Elle n'en est pas moins un effort curieux pour faire tomber l'Etat sous la prise du droit. Mais on y serait sûrement mieux arrivé si on avait compris et si l'on était parti de cette idée que ce n'est pas à vrai dire l'Etat lui-même qui est soumis au droit, l'Etat n'étant qu'une expression abstraite employée pour désigner un fait social, mais les individus eux-mêmes, qui en fait sont investis de la puissance de commander dans une société donnée et d'imposer par la contrainte matérielle l'obéissance à ces commandements. Cf. pour le développement de ces idées notre livre *l'Etat, le droit objectif et la loi positive,* 1901.

9. Origine de l'Etat. — Nous employons cette formule pour nous conformer à l'usage, quoiqu'elle ne soit pas très exacte. En effet le problème qui se pose n'est pas à vrai dire celui de l'origine de l'Etat, mais bien celui de la légitimité de la puissance politique. Dans toute société où il y a différenciation entre gouvernants et gouvernés, il y a des individus qui commandent aux autres individus sous la sanction de la contrainte matérielle. Dès lors l'esprit humain, dès qu'il a commencé à réfléchir sur les cho-

ses sociales, s'est posé cette question : Le pouvoir de commander sous la sanction de la contrainte, qu'exercent les gouvernements, est-il légitime ? Lui doit-on obéissance ? S'il est légitime et si on lui doit obéissance, pourquoi en est-il ainsi ?

Depuis des milliers d'années que les hommes discutent le problème, la solution n'en a pas fait un pas. Ne nous en étonnons pas. La solution en est impossible, parce qu'on ne pourra jamais démontrer comment un homme peut avoir légitimement, en vertu d'une qualité à lui propre, le pouvoir d'imposer par la force sa volonté à un autre homme. Ce pouvoir ne peut pas être légitime par la qualité de ceux qui l'exercent, par son origine, mais seulement par la qualité des choses qu'il commande.

Les doctrines proposées sur l'origine du pouvoir politique sont innombrables. Cependant malgré leur nombre et leur diversité, elles peuvent se classer en deux grandes catégories, les doctrines *théocratiques* et les doctrines *démocratiques*.

10. Doctrines théocratiques. — Nous désignons ainsi toutes les doctrines qui veulent expliquer et légitimer le pouvoir politique par l'intervention terrestre d'une puissance supra-terrestre. On voit par là que toutes ces doctrines ont un vice irrémédiable : elles sont extra-scientifiques, puisqu'elles supposent l'intervention de forces surnaturelles. Elles n'en sont pas moins intéressantes, car elles forment un élément important dans l'histoire de la pensée politique. On doit cependant éviter une confusion, et pour cela on peut diviser toutes les doctrines théocratiques en deux groupes que nous appellerons, avec M. de Vareilles-Sommières, les doctrines du droit divin *surnaturel* et les doctrines du droit divin *providentiel*.

Doctrines du droit divin surnaturel. — On enseigne qu'une puissance supérieure, Dieu, aurait non seulement créé le pouvoir politique pris en lui-même, mais encore désigné la personne ou les personnes, la

dynastie par exemple, qui dans un pays donné doivent être investies du pouvoir politique.

Cette doctrine a été parfois présentée comme la doctrine constante des théologiens catholiques. Il y a là une erreur : ils ont enseigné que le pouvoir *en soi* vient de Dieu, suivant la parole de l'apôtre : « *Omnis potestas a Deo* »; mais le pouvoir, avec les caractères concrets qu'il reçoit dans tel ou tel pays, à un moment donné, est une création humaine, et le pouvoir politique concret vient du peuple. Dans son *Commentaire des Sentences de Pierre Lombard* (liv. II, dist. 44, quest. I, art. 2), saint Thomas déclare que, dans le pouvoir, il y a trois éléments : le principe, le mode et l'usage; le principe du pouvoir vient de Dieu, créateur de toutes choses; le mode et l'usage du pouvoir viennent des hommes, et la source humaine du pouvoir est le peuple, la multitude. Rapp. *Somme théologique,* 1re partie de la 2e partie, quest. 96, art. 4, édit. Lachat, VII, p. 378. Dans la *Somme théologique,* saint Thomas affirme, d'une part, que « *dominium et prælatio introducta sunt et jure humano* » (2e partie de la 2e partie, quest. 10, art. 10, édit. Lachat, VII, p. 341) et, d'autre part, « qu'il appartient à la multitude entière, ou à quelqu'un agissant à sa place, d'ordonner le bien commun, qu'il appartient à la multitude entière ou à une personne publique, qui prend soin de toute la multitude, de donner des lois, parce que, ici comme dans toutes les autres choses, il appartient d'ordonner en vue d'une certaine fin à celui auquel cette fin est propre » (1re partie de la 2e partie, quest. 90, art. 3, édit. Lachat, VI, p. 292). Du rapprochement de ces textes la pensée de saint Thomas apparaît clairement : L'essence du pouvoir, le pouvoir *en soi* (*forma prælationis*) vient de Dieu; mais le pouvoir de fait, avec ses formes contingentes, est de *droit humain* et dérive du peuple; le peuple seul peut s'organiser en vue de sa fin propre. Telle a été la doctrine constante des grands théologiens catholiques. On la retrouve dans Bellarmin et Suarès à la fin du XVIe siècle, commencement du XVIIe. « Remarquez, écrit Bellarmin, que le pouvoir a pour sujet immédiat toute la multitude. En effet le pouvoir est de droit divin; mais le droit divin n'a donné ce pouvoir à aucun homme en particulier; il l'a donc donné à la multitude. En outre, le droit positif étant supprimé, il n'y a pas de raison pour que, parmi une foule d'hommes tous égaux, l'un domine plutôt que l'autre; donc, le pouvoir appartient à la multitude. Enfin la société humaine doit être une république parfaite; elle doit donc avoir la puissance de se conserver, de châtier les perturbateurs de la paix... » (*De membris ecclesiæ,* liv. III, *De laïcis,* chap. VI, édit. Vivès, 1870, III, p. 11). Suarès enseigne aussi que le pouvoir vient *médiatement* de Dieu, mais *immédiatement* du peuple. « Le pouvoir par la nature des choses est immédiatement dans la communauté ; donc, pour qu'il passe légitimement aux mains de quelques personnes, d'un prince souverain, il est nécessaire que ce

dernier le tienne du consentement du peuple... » (*De legibus*, liv. III, chap. IV, § 2, Naples, 1872, I, p. 169. Rap., liv. III, chap. III, § 5 et 6, et chap. IV, § 1, p. 167-168). Rien dans les actes pontificaux du XIXe siècle n'est venu contredire cette doctrine, au contraire. Cf. les encycliques de Léon XIII, *Diuturnum*, 29 juin 1881; *Immortale Dei*, 1er novembre 1885. On voit par là combien sont loin de la vérité ceux qui disent que la doctrine du droit divin *surnaturel* a été la doctrine constante des théologiens catholiques Cf. Maumus, *La République et la politique de l'Eglise*, 1902; — Chénon, *Théorie catholique de la souveraineté nationale*, 1898.

La doctrine du droit divin surnaturel a été surtout exposée en France aux XVIIe et XVIIIe siècles. Elle apparaît d'abord dans la vieille formule : « Le roi de France ne tient son royaume que de Dieu et de son épée », formule opposée par le roi de France et ses légistes aux prétentions du Saint-Siège. D'autre part, nos rois aimaient à invoquer la cérémonie du sacre, considérée par certains théologiens comme un huitième sacrement et le signe extérieur par lequel la divinité conférait à la personne royale la puissance commandante. La pure doctrine du droit divin a trouvé son expression la plus complète dans certains écrits attribués à Louis XIV et dans un acte de Louis XV. Dans les *Mémoires* de Louis XIV, l'autorité dont les rois sont investis est une délégation de la Providence; c'est en Dieu, non dans le peuple, qu'est la source du pouvoir et c'est à Dieu seul que les rois sont comptables du pouvoir dont il les a investis (*Mémoires* de Louis XIV, édit. Dreyss, 1860, t. II, p. 336). Dans le préambule du célèbre édit de Louis XV, de décembre 1770, on lit : « Nous ne tenons notre couronne que de Dieu: le droit de faire des lois..... nous appartient à nous seul sans dépendance et sans partage... »

M. Hitier (*Les doctrines de l'absolutisme*, 1903, p. 26) rapproche très justement de ces textes le passage d'un discours prononcé par l'empereur Guillaume II à Coblentz, au mois de septembre 1897 : « Guillaume Ier a montré et fait rayonner bien haut un trésor que nous devons conserver saintement : c'est la royauté par la grâce de Dieu, la royauté avec ses lourds devoirs, ses peines et ses travaux sans répit et aussi avec ses responsabilités redoutables *devant le Créateur seul*, responsabilité dont aucun ministre, aucune chambre des députés, aucun peuple ne peut relever le prince ».

On représente souvent Bossuet comme ayant été, dans la *Politique tirée de l'écriture sainte* et dans le *Cinquième avertissement sur les lettres du ministre Jurieu,* le théoricien par excellence du droit divin surnaturel. Cela n'est pas tout à fait exact. Sans doute, on y trouve des propositions comme celles-ci : « Dieu établit les rois comme ses ministres et règne par eux sur les peuples... Les princes agissent... comme ministres de Dieu et ses lieutenants sur la terre » (*Politique,* liv. III, art. II, 1re proposition). Sans doute, dans le *Ve Avertissement,* Bossuet attaque violemment la doctrine de Jurieu sur l'origine populaire du pouvoir ; cependant le grand orateur a fait une part à l'idée de souveraineté populaire. Il écrit notamment : « Il s'établit bientôt des rois, ou par le consentement des peuples ou par les armes » (*Politique,* liv. III, art. I, 4e prop.) ; « Il y a d'autres formes de gouvernement que celle de la royauté ; les histoires nous font voir un grand nombre de républiques dont les unes se gouvernaient par tout le peuple » (*Ibid.,* 6e prop.) ; et enfin : « Ces empires, quoique violents, injustes et tyranniques d'abord, par la suite des temps et *par le consentement des peuples,* peuvent devenir légitimes » (*Ibid.,* 6e prop.). Sur les polémiques de Jurieu et de Bossuet, cf. R. Lureau, *Les doctrines politiques de Jurieu,* thèse Bordeaux, 1904 ; — Rébelliau, *Bossuet, historien du protestantisme,* 1891.

Doctrines du droit divin providentiel. — « Dans ces doctrines, dit M. de Vareilles-Sommières, ce n'est pas par une manifestation surnaturelle de sa volonté que Dieu détermine le sujet du pouvoir, c'est par la direction providentielle des événements et des volontés humaines ». Dans la théorie du droit divin ainsi comprise, le pouvoir vient de Dieu seul ; mais les hommes qui le possèdent en sont investis par des moyens humains, qui s'accomplissent sous la direction invisible de la Providence divine toujours présente. La doctrine du droit divin providentiel a eu deux illustres interprètes au commencement du dernier siècle, Joseph de Maistre et Bonald ; c'est à eux qu'elle doit d'occuper une place importante dans l'histoire de la pensée contemporaine.

J. de Maistre écrit : « Sans son intervention (d'une puissance surnaturelle) immédiate, on ne peut expliquer la création ni la durée des gouvernements. Elle est manifeste dans l'unité nationale qui les constitue ; elle l'est dans la multiplicité des volontés qui concourent au même but sans savoir ce qu'elles font, ce qui montre qu'elles sont simplement *employées ;* elle l'est surtout dans l'action merveil-

leuse, qui se sert de cette foule de circonstances que nous nommons accidentelles, de nos folies mêmes et de nos crimes, pour maintenir l'ordre et souvent pour l'établir. » (*Soirées de Saint-Pétersbourg*, 3e entretien, édit. Paris, 1872, I, p. 207. — Rap. *Considérations sur la France*, chap. VI, Paris, 1855, p. 81).

La doctrine de Bonald est analogue à celle de J. de Maistre. Elle est tout entière contenue dans le passage suivant : « (Le) pouvoir (est) légitime, non dans ce sens que l'homme qui l'exerce y soit nommé par un ordre visiblement émané de la divinité, mais parce qu'il est constitué sur les lois naturelles et fondamentales de l'ordre social, dont Dieu est l'auteur, lois contre lesquelles tout ce qu'on fait, dit Bossuet, est nul de soi, et auxquelles en cas d'infraction l'homme est ramené par la force irrésistible des événements. » (*Législation primitive, Discours préliminaire*, 5e édit., 1857, p. 41).

Il est clair que ces diverses doctrines n'expliquent rien, et comme elles reposent sur la croyance à l'intervention constante d'une force consciente et surnaturelle dans le monde, elles échappent évidemment à la discussion scientifique. Mais il importe de remarquer que, contrairement à ce que l'on croit souvent, ces doctrines n'aboutissent pas nécessairement à l'absolutisme. Assurément la théorie du droit divin surnaturel affirmant que le chef de l'Etat tient son pouvoir directement de Dieu, et qu'il est responsable devant lui seul, conduit logiquement à écarter tout pouvoir pondérateur. Dans cette doctrine on n'aperçoit guère que les lois de morale religieuse susceptibles de limiter la toute puissance du souverain élu de Dieu. Mais les doctrines du droit divin providentiel ne sont nullement inconciliables avec un gouvernement limité par l'intervention de représentants du peuple et par l'existence de lois humaines consacrant la responsabilité effective des gouvernants.

11. Doctrines démocratiques. — Qu'on ne croie pas que les doctrines démocratiques soient toujours des doctrines libérales. C'est là une erreur très communément répandue contre laquelle on ne saurait trop soigneusement se mettre en garde. Nous appelons *démocratiques* toutes les doctrines qui placent l'origine du pouvoir politique dans la volonté collective de la

société soumise à ce pouvoir et qui enseignent que le pouvoir politique est légitime, parce que et seulement parce qu'il est institué par la collectivité qu'il régit. Or ces doctrines, chez deux de leurs plus illustres représentants, aboutissent à l'omnipotence de la puissance politique et à la subordination complète et sans limite de l'individu.

Il faut noter aussi que ces doctrines démocratiques n'impliquent nullement la forme républicaine du gouvernement. Comme l'a montré Rousseau lui-même, la théorie de l'origine populaire du pouvoir politique se concilie avec toutes les formes de gouvernement, et la meilleure est celle qui s'adapte le mieux à la situation de la société à laquelle elle s'applique. Le XIXe siècle a vécu sur deux idées politiques : il a cru que tout était sauvé en affirmant le principe que tout pouvoir émane du peuple et en créant un parlement élu directement par le peuple ; il a cru aussi qu'en proclamant que la république était la forme nécessaire de la démocratie, on établissait la liberté sur des bases indestructibles. Des événements contemporains, sur lesquels il ne convient pas d'insister, montrent à l'évidence que ce sont là deux erreurs, et que s'il est un gouvernement contre l'arbitraire duquel il importe de prendre de sérieuses garanties, c'est le gouvernement populaire, parce que c'est celui qui a le plus de tendance à se croire omnipotent. On a dressé les parlements élus contre le despotisme des rois ; il faut affirmer le droit intangible de l'individu contre le despotisme redoutable des parlements.

Il n'y a pas d'histoire plus passionnante que celle des doctrines démocratiques. On y voit en effet mieux que partout ailleurs les efforts de la pensée humaine pour donner une justification purement positive du pouvoir politique, et pour protéger l'individu, sa liberté physique, intellectuelle et religieuse contre l'arbitraire politique ; car, si parfois les doctrines démocratiques ont abouti à des conclusions absolutistes, elles ont eu, dans leur origine et dans leur développement, pour but principal d'élever une barrière contre le despotisme. On ne peut ici qu'indiquer en quelques mots les principales étapes de cette longue histoire.

L'antiquité n'avait pas posé le problème. Aucun des écrivains politiques de la Grèce et de Rome, ni Platon, ni Aristote, ni Polybe, ni Cicéron ne s'est demandé si le pouvoir politique était légitime, ni quelle en était l'origine. Ils l'ont pris comme un fait nécessaire, et ont disserté sur les conditions pratiques du gouvernement ou, comme Platon dans sa *République*, déterminé le plan d'une cité idéale. C'est aux théologiens du moyen-âge que revient le mérite d'avoir posé la question et d'avoir essayé de la résoudre méthodiquement. La théologie au XII[e] et au XIII[e] siècle est l'asile de la pensée libre; c'est elle qui se dresse contre la force et vient lui demander quels titres elle a pour s'imposer aux hommes.

On a vu déjà (§ 10) dans quel sens la théologie scolastique résoud le problème. Le pouvoir en soi, dit-elle, vient de Dieu, mais le pouvoir concret vient du peuple; c'est le peuple qui ordonne le pouvoir en vue de sa fin à lui. La conséquence en est que, si celui qui détient le pouvoir ne l'exerce pas en vue de la fin du peuple, il est un tyran et le peuple peut le renverser. « Le gouvernement tyrannique n'est pas juste, dit saint Thomas, parce qu'il ne tend pas au bien général, mais au bien particulier de celui qui gouverne... et voilà pourquoi le trouble qu'on excite contre un pareil gouvernement n'a point le caractère de sédition.... C'est plutôt le tyran qui est séditieux » (*Somme théologique*, 2[e] partie de la 2[e] partie, quest. XLII, art. 2, n° 3, édit. Lachat, VIII, p. 200). Déjà aussi apparaît l'idée d'un contrat synallagmatique intervenant entre le peuple et le prince, imposant des obligations réciproques à l'un et à l'autre, et résolu si l'un d'eux ne remplit pas ses obligations, le peuple pouvant dès lors retirer le pouvoir au prince qui viole le contrat. Cf. Chénon, *Théorie catholique de la souveraineté nationale*, 1898, p. 9, 16 et suiv.

L'idée de la souveraineté du peuple n'est pas seulement affirmée théoriquement dans les écrits des théologiens; elle est aussi énoncée pratiquement aux états-généraux de France. Déjà, aux états du roi Jean, en 1355-56, on affirme que le pouvoir politique dérive du peuple. Un siècle plus tard, aux états-généraux de Tours, tenus en 1484 pendant la minorité de Charles VIII, l'idée démocratique est exprimée avec une entière précision dans le discours célèbre de Philippe Pot : « Dès lors, disait-il, quelle est la puissance en France qui a le droit de régler la marche des affaires quand le roi est incapable de gouverner? Evidemment, cette charge ne retourne ni à un prince, ni au conseil des princes, mais au peuple *donateur du pouvoir* » (*Journal de Jehan Masselin, Documents inédits sur l'histoire de France*, 1835, p. 18).

L'idée démocratique arrive à son entier développement au XVI[e] siècle. Elle est alors soutenue tour à tour avec la même conviction, suivant l'intérêt du moment, par les écrivains protestants et les catholiques. Défenseurs du pouvoir royal tant qu'ils avaient espéré sa protection, les écrivains protestants l'attaquent violem-

ment après la Saint-Barthélemy. Paraissent alors une série d'écrits, dont les auteurs sont souvent appelés des *Monarchomaques* et où l'origine populaire du pouvoir est énergiquement affirmée, où les conditions du contrat intervenu entre le peuple et le prince sont minutieusement décrites et où est solennellement affirmé aussi le droit du peuple de renverser le prince qui viole les clauses de ce contrat. Parmi ces écrits, on doit citer au premier rang le *Franco-Gallia* de Hotmann, et le *Vindiciæ contra tyrannos* attribué à Duplessis-Mornay. V. particulièrement *Vindiciæ contra tyrannos,* Edimbourg, 1579, p. 85. — Cons. Lureau, *Doctrines politiques chez les écrivains protestants de la seconde moitié du XVIe siècle,* 1900; — Méaly, *Les doctrines politiques des protestants,* 1903.

Après l'assassinat de Henri III, les protestants abandonnent leurs doctrines démocratiques pour soutenir l'héritier du trône qui est un des leurs; et les publicistes de la Ligue se font les apôtres passionnés de la plus violente démagogie. Le livre le plus caractéristique de cet état d'esprit est celui du curé de Saint-Benoît, Boucher, intitulé : *De justa abdicatione Henrici tertii,* où l'auteur affirme que tout pouvoir vient du peuple, que le peuple en instituant ses princes ne perd pas son pouvoir, qu'il peut et doit les détrôner lorsqu'ils violent les clauses du contrat et expose tout une théorie du tyrannicide, faisant l'apologie de l'assassinat de Henri III par Jacques Clément. Cf. sur tous ces points, Labitte, *La démocratie chez les prédicateurs de la Ligue,* 2e édit., 1865.

Ces doctrines étaient chez les Ligueurs des armes de combat; elles sont dans le célèbre ouvrage de Mariana, *De rege et regis institutione,* 1603, l'exposé dogmatique d'une pensée réfléchie. Le tyrannicide y est l'objet d'une théorie complète. Cf. Cirot, *Mariana,* 1905, particulièrement p. 32 et 112.

On a déjà indiqué au § précédent qu'à la fin du XVIe siècle et au commencement du XVIIe siècle, Bellarmin et Suarès enseignaient que le pouvoir vient du peuple, et qu'un contrat, pacte de sujétion, intervient entre le peuple et le prince. Mais Suarès enseignait que, par ce pacte, le peuple peut aliéner complètement sa puissance entre les mains du prince. « Bien que le pouvoir, écrit-il, soit comme la propriété naturelle de la communauté parfaite des hommes, comme telle, néanmoins, il n'est pas en elle *immutabiliter ;* mais par le consentement de la communauté....., il peut en être séparé et transféré à un autre sujet » (*De Legibus,* livre III, chap. III, no 6, Naples, 1872, I, p. 167). Dès lors au XVIIe et au XVIIIe siècle, la question dominante sera celle de l'aliénabilité de la souveraineté populaire; elle apparaîtra au premier plan dans l'esprit de tous ceux qui, sous une forme ou sous une autre, placent dans la collectivité la source de la puissance politique. Qu'on ne croie pas cependant que les partisans de l'inaliénabilité de la souveraineté arrivent forcément à des conclusions libérales. Nul n'a plus énergiquement affirmé cette inaliénabilité que Jurieu et Rousseau,

et cependant nul n'a plus complètement subordonné l'individu à la puissance sans limite de la volonté collective.

Au XVIIe siècle, Hobbes et Jurieu peuvent être considérés comme les représentants types des doctrines démocratiques. L'un et l'autre arrivent à l'absolutisme, l'un à l'absolutisme du prince; l'autre à l'absolutisme du peuple. Les deux choses se valent!

Hobbes fonde la cité sur le consentement de ses membres. Mais d'après lui cette tendance de plusieurs volontés à une même fin ne suffit pas à la conservation de la paix et de la défense permanente; pour cela il faut que les volontés de tous forment une volonté *une*. C'était déjà, on le voit, le *moi commun*, la volonté générale de J.-J. Rousseau. Hobbes ajoute que cette volonté *une* ne peut exister que si chacun subordonne sa volonté à la volonté d'un autre, à la volonté d'un homme unique ou à la volonté d'un conseil, de telle sorte que tout ce que celui-ci voudra touchant les choses qui sont nécessaires pour la paix commune, *soit tenu comme étant volonté de tous et de chacun*. Dans toute cité, cet homme ou ce conseil, à la volonté duquel tous ont subordonné leur volonté, possède le *summum imperium*, qui résulte ainsi de ce que chacun des citoyens a transféré toute sa force et puissance dans cet homme ou ce conseil, dont le pouvoir par suite doit être sans limite (Hobbes, *De cive*, et spécialement chap. V et VI).

On a souvent opposé Jurieu à Hobbes. C'est à tort. Les doctrines politiques de Jurieu n'ont point le caractère de doctrines libérales. Les idées exposées longuement et lourdement par Jurieu dans les *Lettres pastorales* (1688) et les *Soupirs de la France esclave* (1690) peuvent se résumer ainsi : Toute société politique implique l'existence d'un contrat, pacte de sujétion ou de souveraineté, intervenu entre le peuple et le prince; mais le peuple est toujours en droit de retirer au prince, qui en fait un mauvais usage, le pouvoir qu'il lui a donné; le peuple pourra apprécier souverainement si le prince viole ou ne viole pas le contrat; il pourra le renverser quand bon lui semblera, car « il faut qu'il y ait dans les sociétés certaine autorité qui ne soit pas obligée d'avoir raison pour valider ses actes; or cette autorité n'est que dans le peuple » (*XXIIIe lettre pastorale*, p. 418). — Rapp. Bossuet, *Ve Avertissement*, spécialement le paragraphe intitulé *Principes de la politique de M. Jurieu et leur absurdité*. — Cons. R. Lureau, *Les doctrines politiques de Jurieu*, thèse Bordeaux, 1904.

Locke explique la puissance politique par le consentement de ceux qui y sont subordonnés. « Quiconque, dit-il, sort de l'état de nature pour entrer dans une société, doit être regardé comme ayant remis tout le pouvoir nécessaire aux fins pour lesquelles il y est entré, entre les mains du plus grand nombre des membres » (*Le gouvernement civil*, ch. VII, § 5, édit. franç., 1691, p. 126). Mais il importe de noter que Locke a nettement affirmé la limitation du pouvoir politique par l'existence de droits naturels

appartenant à l'homme, qu'il conserve dans la société, et qu'il peut toujours opposer au pouvoir, non seulement d'un prince, mais de législateurs élus par le peuple. « La raison pour laquelle on entre dans une société politique, c'est de conserver ses biens propres et la fin pour laquelle on choisit et revêt de l'autorité législative certaines personnes, c'est d'avoir des lois et des règlements qui protègent et conservent ce qui appartient en propre à toute la société... Toutes les fois donc que la puissance *législative* violera cette règle fondamentale de la société et... tâchera de se mettre ou de mettre d'autres en possession d'un pouvoir absolu sur les vies, sur les libertés et sur les biens du peuple..., elle perdra entièrement le pouvoir que le peuple lui aurait remis pour des fins directement opposées à celles qu'elle s'est proposées... » (*Ibid.*, ch. XVIII, § 13 et 14, p. 284 et 285). On aperçoit là l'idée des droits individuels naturels, antérieurs et supérieurs à l'Etat et venant limiter sa puissance législative, idée qui sera toute la *Déclaration des droits de l'homme.*

J.-J. Rousseau n'a fait qu'exprimer, dans une belle langue, parfois cependant déclamatoire, des idées formulées déjà depuis des siècles. On a beaucoup discuté la question des sources où avait puisé l'auteur du *Contrat social.* Cela n'en valait guère la peine, car il n'a fait que résumer des doctrines depuis longtemps connues de tous. La société civile est née d'un contrat par lequel les hommes ont renoncé à leur indépendance naturelle pour acquérir en retour la sécurité. De ce contrat est né un corps moral et collectif, un *moi commun,* une volonté générale (liv. I, ch. VI). Ce *moi commun* est le *souverain.* Cette volonté générale souveraine est indivisible et inaliénable. De ce qu'elle est inaliénable, il résulte qu'elle ne peut être représentée. La volonté générale fera donc elle-même la loi, ou du moins il n'y aura de loi que celle qui, préparée par le législateur, sera approuvée par le peuple. Le peuple doit instituer un gouvernement ; mais il n'y a point de contrat entre le peuple et le gouvernement. Le gouvernement est le *commis* de la volonté générale. Ce gouvernement peut d'ailleurs être démocratique, aristocratique ou monarchique suivant les pays. Aucune limite n'existe, au profit de l'individu, au pouvoir du souverain, « car le souverain n'étant formé que des particuliers qui le composent, n'a, ni ne peut avoir d'intérêt contraire au leur; par conséquent, la puissance souveraine *n'a nul besoin de garants envers les sujets,* parce qu'il est impossible que le corps veuille nuire à tous ses membres et nous verrons ci-après qu'il ne peut nuire à aucun en particulier. Le souverain, par cela seul qu'il est, est toujours tout ce qu'il doit être » (*Contrat social,* liv. I, ch. VII). J.-J. Rousseau dit encore : « De plus l'aliénation se faisant sans réserve, l'union est aussi parfaite qu'elle peut l'être et nul associé n'a plus rien à réclamer; car s'il restait quelques droits aux particuliers, comme il n'y aurait aucun supérieur commun qui pût prononcer entre eux et

le public, chacun étant en quelque sorte son propre juge prétendrait bientôt l'être en tout; l'état de nature subsisterait et l'association deviendrait nécessairement tyrannique ou vaine » (*Ibid.*, ch. VI).

Ces quelques citations suffisent à montrer combien est fausse l'assertion de ceux (V. notamment P. Janet, *Histoire de la science politique,* II, p. 456, 3e éd.; Tchernoff, *Montesquieu et J.-J. Rousseau*, 1903, p. 4) qui osent prétendre que la *Déclaration des droits de l'homme* est inspirée du *Contrat social.* Elle en est aux antipodes! J.-J. Rousseau est le père des doctrines jacobines, le père des doctrines absolutistes, qui tendent à l'absorption complète de l'individu par l'Etat. — Cons. l'édition du *Contrat social,* par Dreyfus-Brisac, Paris, 1891; — Espinas, *La philosophie sociale au XVIIIe siècle*, 1900; — E. Faguet, *Etudes sur le XVIIIe siècle,* p. 392; — Liepman, *Die Rechtsphilosophie des J.-J. Rousseau,* 1898; — Rod, *L'affaire J.-J. Rousseau,* 1906.

12. Critique des doctrines démocratiques. — La substance même des doctrines que l'on vient d'exposer brièvement est passée dans la législation politique de la France moderne, et deux articles de la législation de 1789-91 en ont nettement formulé le résumé : « *Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.* » (Déclaration des droits de 1789, art. 3.) « *La souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la nation; aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice.* » (Const. 1791, t. III, pr., art. 1.) Ces dispositions sont devenues, pour une certaine école politique, des dogmes intangibles à l'égal des articles d'une religion révélée et elles forment toujours assurément un principe positif de notre droit politique. Malgré cela, comme nous n'admettons aucun dogme, nous devons en discuter la valeur. Or il n'est pas difficile de montrer qu'elle est nulle et que le prétendu dogme de la souveraineté nationale est une hypothèse gratuite qui n'explique rien, un postulat inutile.

D'abord, la souveraineté de la collectivité implique que la collectivité possède une personnalité, une volonté distincte de la personne, de la volonté des indi-

vidus qui la composent. Or cela est indémontré et est indémontrable. Pour établir l'existence d'un *moi commun*, d'une personne collective, Hobbes, J.-J. Rousseau et tous ceux qui adoptent la même idée ont eu recours à l'hypothèse du contrat social. Mais ce n'est qu'une hypothèse vaine. On a déjà montré que c'est un cercle vicieux d'expliquer la société par le contrat, car l'idée de contrat n'a pu naître dans l'esprit de l'homme que du jour où il a vécu en société. D'autre part, y aurait-il un contrat tacite entre tous les membres du corps social, qu'une volonté générale et commune, qu'un *moi commun* n'en naîtrait pas. Par le contrat social, les membres d'une même collectivité veulent une même chose; mais rien ne prouve que de ce concours de volontés naisse une volonté commune distincte des volontés individuelles concourantes.

Cette volonté commune existerait-elle, on n'aurait point démontré par là qu'elle peut légitimement s'imposer aux individus. En admettant que la puissance politique appartienne à la collectivité personnifiée, on n'a point démontré que cette puissance publique soit légitime. La volonté de la collectivité est, dit-on, supérieure à la volonté individuelle. Pourquoi? Pour être collective, la volonté du groupe n'en est pas moins une volonté humaine, et on ne démontre pas qu'une volonté humaine puisse s'imposer à une autre volonté humaine. On a dit que la Révolution avait substitué le droit divin du peuple au droit divin des rois; c'est vrai; car l'affirmation que la collectivité a le pouvoir légitime de commander parce qu'elle est la collectivité, est une affirmation d'ordre métaphysique ou religieux de la même manière que l'affirmation du droit divin des rois.

J.-J. Rousseau a cru résoudre la difficulté en écrivant : « Enfin chacun se donnant à tous ne se donne à personne. » Qui ne voit que c'est un pur sophisme? En vérité quoi qu'on fasse, cette prétendue volonté générale ne s'exprime jamais qu'au moyen d'une

majorité et la puissance publique, le pouvoir de commander appartient à une majorité qui impose sa volonté à une minorité. Or on ne démontre pas, on ne peut pas démontrer qu'une majorité ait légitimement le pouvoir d'imposer sa volonté, cette majorité serait-elle l'unanimité moins un. La puissance de commander reconnue à une majorité peut être une nécessité de fait; elle ne peut pas être un pouvoir légitime.

J.-J. Rousseau n'a point manqué de prévoir l'objection. « On demande, dit-il, comment l'homme peut être libre et forcé de se conformer à des volontés qui ne sont pas les siennes. Comment les opposants sont-ils libres et soumis à des lois auxquelles ils n'ont pas consenti. » Il répond : « La question est mal posée. Le citoyen consent à toutes les lois, même à celles qu'on passe malgré lui et même à celles qui le punissent quand il ose en violer quelque une. La volonté constante de tous les membres de l'Etat est la volonté générale ; c'est par elle qu'ils sont citoyens et libres. Quand on propose une loi dans l'assemblée du peuple, ce qu'on leur demande n'est pas précisément s'ils approuvent la proposition ou s'ils la rejettent, mais si elle est conforme ou non à la volonté générale qui est la leur ; chacun en donnant son suffrage dit son avis là-dessus et du calcul des voix se tire la déclaration de la volonté générale. Quand donc l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve autre chose sinon que je m'étais trompé et que ce que j'estimais être la volonté générale ne l'était pas. » (*Contrat social,* liv. IV, ch. II). Le sophisme passe la mesure ; et l'obligation où est Rousseau d'écrire de pareilles choses pour défendre sa thèse en démontre le néant.

Ces observations nous paraissent réfuter d'avance les raisonnements par lesquels M. Esmein veut démontrer la vérité du principe de la souveraineté nationale. Notre savant collègue écrit : « La fiction du contrat social étant écartée, sur quelles idées peut-on et doit-on faire reposer la souveraineté nationale ? J'en vois deux, qui ne sont au fond que deux aspects distincts d'une même vérité. La première est une idée de bon sens, presque évidente, qui a longtemps suffi à l'esprit des hommes ; c'est que la puissance publique et le gouvernement qui l'exerce n'existent que dans l'intérêt de tous les membres qui composent la nation. La souveraineté nationale est aussi la seule interprétation juridique exacte et adéquate d'un fait social incontestable et qui s'impose..., l'obéissance ne peut être obtenue... que par l'adhésion de l'opinion publique. Reconnaître, organiser et respecter la souveraineté nationale, c'est donner à l'opinion publique... une valeur juridique, une autorité légale. » (Esmein, *Droit constitutionnel,* 4e édit., 1906, p. 205-213). Ce raisonnement ne nous convainc pas. Il est hors de doute que ceux

qui détiennent le pouvoir doivent l'exercer dans l'intérêt de tous. La conséquence en est que le gouvernement doit être organisé de telle manière que l'on soit assuré autant que possible que les hommes qui l'exercent agiront dans l'intérêt de tous. La proposition, essentiellement juste, ne va pas plus loin ; elle ne peut justifier une affirmation métaphysique sur l'origine du pouvoir. On en dira autant de la seconde proposition de M. Esmein. Assurément il y a dans chaque nation à un moment donné un certain nombre d'idées communes, qui forment ce que l'on appelle l'opinion publique, et les hommes au pouvoir seront d'autant mieux obéis qu'ils agiront d'accord avec l'opinion publique. Mais cela ne démontre nullement l'existence d'une volonté nationale souveraine se traduisant par la majorité d'un corps électoral arbitrairement déterminé ; cela montre seulement l'obligation, pour les hommes qui sont au pouvoir, d'agir en conformité avec l'opinion publique.

Le principe de la souveraineté nationale est non seulement indémontré et indémontrable; mais il est encore inutile. Plus que personne nous croyons qu'il est bon et équitable que la plus grande quantité possible d'individus soient associés à la puissance politique dans un pays donné et nous estimons que le progrès consiste avant tout à élever le degré de culture générale et à faire participer à la puissance politique un nombre toujours plus grand d'individus. En un mot, le suffrage universel réglementé et organisé est l'idéal vers lequel nous désirons que tendent tous les États. Dès lors on comprendrait que l'on défendit le principe de la souveraineté du peuple, s'il avait pour conséquence nécessaire, logique, le suffrage universel. Or il n'en est rien. La souveraineté en effet n'est pas dans cette conception la somme des volontés individuelles; elle est une volonté générale dans laquelle viennent se fondre, se perdre en quelque sorte les volontés individuelles. Quand Rousseau dit (Liv. III, chap. I) que si l'Etat est composé de 10.000 citoyens, chacun d'eux à la dix-millième partie de l'autorité souveraine, il se met en contradiction avec lui-même. Car après avoir affirmé que la souveraineté est indivisible, il la fractionne en autant de parts qu'il y a de citoyens; après avoir dit que le *moi commun* est titulaire de la souveraineté, il la donne par indivis à la somme des citoyens.

La vérité logique est que dans la doctrine de la souveraineté nationale, c'est la personne collective qui possède la souveraineté, et que les citoyens pris individuellement n'en ont pas la plus petite parcelle; ils n'ont donc aucun droit à participer à l'exercice de la souveraineté. Par conséquent le suffrage universel ne dérive aucunement, en bonne logique, du principe de la souveraineté nationale. La seule conséquence qui en découle c'est qu'il faut trouver le meilleur système pour dégager la volonté nationale, mais rien ne prouve que ce soit le suffrage universel. Cela est si vrai que l'Assemblée de 1789 n'a pas eu un moment la pensée qu'en établissant le suffrage restreint et à deux degrés elle violât le principe de la souveraineté nationale qu'elle avait solennellement promulgué. La Convention elle-même, après avoir établi le suffrage politique universel et direct dans la constitution inappliquée de 1793, rétablit le suffrage restreint et à deux degrés dans la constitution de l'an III, et n'en proclame pas moins énergiquement, dans l'art. 17 de la Déclaration des droits, que « la souveraineté réside essentiellement dans l'universalité des citoyens ». Les auteurs de la constitution de l'an VIII suppriment complètement le droit électoral; ce qui ne les empêche pas de proclamer « que la Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée ». (Proclamation des consuls, 24 frimaire an VIII). Le dogme de la souveraineté du peuple ne peut donc même pas donner un fondement solide à la participation de tous à la puissance politique.

Le sophisme de Rousseau écrivant : « Chacun se donnant à tous ne se donne à personne » (liv. I, chap. VI) et « quiconque refusera d'obéir à la volonté générale y sera contraint par tout le corps, ce qui ne signifie pas autre chose si non qu'on le forcera d'être libre » (liv. I, chap. VII) a fait pénétrer dans beaucoup d'esprits cette erreur néfaste qu'un peuple avait conquis sa liberté du jour où il avait proclamé le prin-

cipe de la souveraineté nationale et que notamment le suffrage universel et ses élus pouvaient tout faire et imposer leur volonté quelle qu'elle fût, qu'ils formaient cette autorité qui, suivant l'expression de Jurieu, « n'a pas besoin d'avoir raison pour valider ses actes ». Il importe d'affirmer qu'il n'en est rien. La Révolution, faite pour protéger l'individu contre l'absolutisme monarchique, fondé sur le droit divin des rois, fut au premier chef légitime. Qu'on prenne garde de lui substituer l'absolutisme démocratique, fondé sur le droit divin du peuple. Qu'on comprenne que des garanties doivent être prises contre le despotisme des assemblées populaires, plus énergiques encore peut-être que celles établies contre le despotisme des rois. Une chose injuste reste telle, alors même qu'elle est ordonnée par le peuple ou ses représentants, aussi bien que si elle était ordonnée par un prince. Avec le dogme de la souveraineté populaire on est trop enclin à l'oublier.

13. Formation naturelle de l'Etat. — Les développements qui précèdent ont montré l'inanité des doctrines quelles qu'elles soient, qui veulent donner une justification philosophique de la puissance politique. La vérité est que la puissance politique est un fait qui n'a en soi aucun caractère de légitimité ou d'illégitimité. Il est le produit d'une évolution sociale dont le sociologue doit déterminer la forme et marquer les éléments. Il ne peut être question dans un *Manuel* d'étudier en détail cette évolution; mais on peut en indiquer les principales étapes, en déterminer les facteurs les plus actifs.

Dans tous les groupes sociaux qu'on qualifie d'Etats, les plus primitifs et les plus simples, comme les plus civilisés et les plus complexes, on trouve toujours un fait unique, des individus plus forts que les autres, qui veulent et qui peuvent imposer leur volonté aux autres. Peu importe que ces groupes soient ou ne soient pas fixés sur un territoire déterminé, qu'ils

soient ou ne soient pas reconnus par d'autres groupes, qu'ils aient une structure homogène ou différenciée; le fait est toujours là identique à lui-même : les plus forts imposent leur volonté aux plus faibles. Cette plus grande force s'est présentée sous les aspects les plus divers : tantôt elle a été une force purement matérielle, tantôt une force morale et religieuse, tantôt une force intellectuelle, tantôt (et cela bien souvent) une force économique. La puissance économique n'a pas été le seul facteur de la puissance politique, comme l'enseigne l'école marxiste (théorie du *matérialisme historique*); mais elle a joué assurément dans l'histoire des institutions politiques un rôle de premier ordre. Enfin cette plus grande force a été souvent et aujourd'hui tend à être presque partout la force du nombre.

Ainsi dans tous les pays et dans tous les temps, les plus forts, matériellement, religieusement, économiquement, moralement, intellectuellement ou numériquement ont voulu imposer et ont imposé en fait leur volonté aux autres. Les gouvernants ont toujours été, sont et seront toujours les plus forts en fait. Ils ont bien essayé souvent, avec le concours de leurs fidèles, de légitimer cette plus grande force; mais ils n'ont pu inventer que deux explications aussi artificielles l'une que l'autre, et qui ne doivent tromper personne. Souvent ils se sont présentés comme les délégués sur la terre d'une puissance surnaturelle. L'idée théocratique a une grande force aux époques et dans les pays de foi profonde; elle a été un moyen commode pour justifier toutes les tyrannies. Mais aux époques de tiédeur religieuse comme la nôtre, elle est devenue insuffisante. De plus, on l'a déjà dit, pour tout esprit positif, elle ne vaut même pas la peine d'une discussion. On a imaginé alors la fiction de la volonté sociale : le chef qui commande, roi, empereur, protecteur, président, les chefs qui délibèrent ou ordonnent, majorité d'un parlement ou

d'une assemblée du peuple, ne sont, dit-on, que les organes de la volonté collective, qui s'impose aux volontés individuelles, précisément parce qu'elle est la volonté collective. On a déjà montré (§ 12) que l'idée démocratique est aussi vaine que l'idée théocratique et que le droit divin du peuple n'a pas plus de réalité que le droit divin des rois.

Droit divin, volonté sociale, souveraineté nationale, autant de mots sans valeur, autant de sophismes dont les gouvernants veulent leurrer leurs sujets et se leurrent souvent eux-mêmes. Assurément ces conceptions ont, à certaines époques, pénétré profondément la masse des esprits; à ce titre elles sont des faits sociaux, qui ne doivent point échapper à l'observateur; mais ils forment ces croissances artificielles que connaît bien le sociologue, et dont il importe de dégager le fait simple et irréductible; ce fait, c'est la distinction positive des gouvernants et des gouvernés; c'est la possibilité pour quelques-uns de donner aux autres des ordres sanctionnés par une contrainte matérielle; c'est cette contrainte matérielle monopolisée par un certain groupe social; c'est la force des plus forts dominant la faiblesse des plus faibles.

Il n'est pas inutile d'indiquer quelques-uns des traits essentiels de cette évolution. En admettant, avec M. Durkheim (*Division du travail social,* p. 189) la horde comme le type probable de la société primaire, la première différenciation qui a dû forcément se produire, c'est celle fondée sur la distinction des sexes. Mais la première distinction entre gouvernants et gouvernés a-t-elle été exactement correspondante à la distinction des sexes? Il est impossible de l'affirmer. La séparation des gouvernants et des gouvernés s'est surtout affirmée au moment où certains membres du petit groupe ont rendu des services signalés aux autres membres, où surtout quelques-uns, pour une raison quelconque, ont été considérés comme investis d'une puissance supérieure, supra-terrestre, puissance qu'on croit se transmettre aux descendants ou aux proches. Une infinité de faits rapportés dans les ouvrages de sociologie montrent qu'une différenciation se produit ainsi naturellement entre la masse des individus et celui ou ceux qui, à un titre quelconque, sont investis d'une force matérielle, morale, religieuse, qui n'appartient pas aux autres. La différenciation s'est-elle produite dans la

horde ou simplement dans le clan et dans les sociétés segmentaires à base de clan? On ne peut le dire avec certitude. Les faits doivent être observés avec beaucoup de prudence et dans un esprit de sérieuse critique. Mais tels qu'ils sont aujourd'hui connus, et par leur nombre, et par la précision des observations, ces faits nous paraissent permettre d'affirmer que l'homme a eu de très bonne heure la notion d'un pouvoir politique, provoquée par cette distinction des forts et des faibles. Cons. surtout Herber Spencer, *Principes de sociologie*, édit. franç., t. III, p. 311 et suiv. — Letourneau, *Evolution politique*, rapporte beaucoup de faits intéressants, mais qu'il ne faut admettre qu'avec réserve.

Il faut noter en outre qu'en fait cette plus grande force a été très souvent, le plus souvent même peut-être, acceptée volontairement par les plus faibles auxquels elle s'imposait, et que ceux-ci ont cru bien souvent qu'ils auraient tout intérêt à obéir spontanément et docilement aux ordres des plus forts. Mais cela ne change rien aux propositions qui précèdent. Cette obéissance volontaire n'a été qu'une cause de plus grande force pour les chefs. Ceux qui commandent et quelques-uns des gouvernés, ou même tous les gouvernés, veulent la même chose; il reste vrai que celui ou ceux qui commandent, commandent parce qu'ils sont les plus forts; que cette force s'accroît par l'acceptation volontaire des gouvernés, et que, au cas de refus d'obéissance, cette force peut s'exercer sur les individus. C'est toujours un pouvoir de contrainte qui est saisi par la conscience individuelle et qui existe seul en fait.

Chez la plupart des peuples d'origine arienne et sémitique, la famille patriarcale a été, à une certaine époque, dont la durée et la date ont été variables, la forme générale des groupements sociaux. Le parent mâle le plus âgé, reconnu comme le chef du culte domestique, considéré à cause de son âge et de son sexe, de sa qualité d'ancêtre, comme investi d'un prestige particulier, est le chef naturel du groupe familial. Il est le gouvernant du petit Etat; les membres de la famille sont les gouvernés, et la distinction entre gouvernant et gouvernés se rattache d'évidence exclusivement à la force supérieure appartenant, du fait de sa situation et de son caractère, au parent mâle le plus âgé. — La cité antique n'a dû être primitivement qu'une réunion de familles; la puissance de contraindre ou puissance politique appartient naturellement à l'ensemble des chefs de famille. A Rome, et dans beaucoup de cités grecques, le pouvoir appartient en fait aux pères de famille : le Sénat romain n'est primitivement que l'assemblée des chefs de famille *(Patres)*; c'est à lui qu'appartient la prépondérance, même au temps de la monarchie, qui est renversée pour l'avoir méconnue. Les chefs de famille sont les plus forts en commun parce que chacun est le plus fort dans sa famille. Leur pouvoir ne se justifie point par son origine; il est un simple pouvoir de fait, dû à leur prestige, à leur force matérielle, religieuse, morale. Souvent la

puissance dans la cité appartient aux représentants naturels des croyances religieuses, à un collège de prêtres; c'est le triomphe de l'aristocratie religieuse, et c'est toujours une plus grande force qui s'impose. Souvent aussi, à Rome et à Athènes notamment, du moment où l'appropriation individuelle des richesses est admise, les plus forts sont les plus riches et il se forme une aristocratie de fortune qui devient toute puissante. Cette constitution naturelle d'une aristocratie de fortune provoque des luttes interminables entre les riches et les pauvres, qui remplissent toute l'histoire intérieure de Rome et d'Athènes. Ces luttes, à la suite de péripéties nombreuses et diverses, amènent l'amoindrissement progressif de l'aristocratie de fortune et la transmission de la prépondérance politique aux pauvres, c'est-à-dire aux plus nombreux. Un gouvernement démocratique remplace le gouvernement aristocratique. Ce n'est point alors la volonté collective qui s'affirme, pas plus que sous le régime de l'aristrocatie; la puissance politique appartient encore aux plus forts, mais au plus forts par le nombre. Aux diverses époques, cette plus grande force a pu être plus ou moins consciemment, volontairement acceptée; mais cette acceptation n'a pu en changer le caractère, quelles que soient les causes qui l'aient amenée. Cons. Fustel de Coulange, *La cité antique;* — Guiraud, *La propriété en Grèce*, 1893; — Platon, *La démocratie et le régime social à Athènes, à Rome et de nos jours*, 1899; — Herman, *Lehrbuch der grieschischen Rechtsalterthümer*, édit. Thaleim, 1884; — Mommsen, *Droit public romain*, édit. franç., 1889, VI, 2e part., p. 341 et suiv.

Dans la nation se sont produites et se produisent encore des différenciations tout à fait similaires. Tantôt dans la nation le gouvernant est un chef militaire qui, comme tel, est le plus fort. Née du régime féodal, la monarchie militaire a été, à un moment donné, prépondérante dans toutes les nations de l'Europe, et quelques restes en subsistent encore dans l'Europe du XXe siècle. Au XVIIe siècle et au XVIIIe siècle, beaucoup de princes, et particulièrement le roi de France, on l'a vu, se présentent à leur peuple comme investis du pouvoir par la divinité elle-même.

Avec la Révolution, la prépondérance politique passe en France, non pas à vrai dire à une majorité populaire, mais à une aristocratie bourgeoise et propriétaire. Si l'on excepte le décret du 10 août 1792, qui décide que la Convention nationale sera élue au suffrage universel à deux degrés, et la constitution de 1793, qui établit pour les élections politiques le suffrage universel direct, mais n'est point appliquée, toutes les lois de la Révolution accordent le droit électoral aux seuls contribuables, c'est-à-dire aux seuls propriétaires, et assurent ainsi la prépondérance politique à une classe qui n'a qu'un pouvoir de fait, qu'elle essaiera de légitimer par la fiction de la souveraineté nationale, comme faisaient autrefois les rois par la fiction du droit divin. Cf. Aulard, *Histoire*

politique de la Révolution française, 1901. Un moment amoindrie par le despotisme impérial, la puissance de la classe propriétaire, à partir de 1814, à la faveur des lois de 1817, 1820 et 1831, redevient et reste prépondérante jusqu'à la révolution de 1848. On invente l'expression ingénieuse de *pays légal* pour colorer d'une apparence de légitimité la prépondérance exclusive d'une classe.

En 1848, le droit de suffrage est accordé à tous les individus mâles et majeurs de 21 ans, non frappés de déchéance. Avec le suffrage universel, voit-on apparaître enfin véritablement la volonté une et collective de la nation? Non point. Les plus forts sont les plus nombreux; nous voyons bien la volonté de ceux qui ont la majorité, mais non la volonté *une* de la nation; et même dans les pays de suffrage universel, il reste vrai de dire que le fait *Etat* est simplement un fait de différenciation entre les forts et les faibles, les plus forts étant seulement les plus nombreux.

Bien plus, on remarquera que dans les pays qui, comme la France, pratiquent le régime du suffrage universel et direct, en fait la plus grande force et par suite la puissance politique appartiennent, non pas aux plus nombreux, mais en réalité à une minorité, et que, encore ici, il est absolument vrai de dire que la puissance politique appartient, non à la volonté générale, mais à un groupe d'individus. En France, par exemple, sur 38 millions d'habitants, la majorité numérique du corps électoral, composé de 10 millions d'électeurs environ, impose ses volontés aux 28 autres millions de Français; et nous mettons les choses au mieux en supposant qu'une énorme majorité se soit formée dans le corps électoral. On a d'ailleurs montré à plusieurs reprises, avec chiffres à l'appui, quelle infime minorité de Français représente la volonté que l'on décore du beau nom de volonté nationale. V. Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle*, 1899, I, p. 398 et suiv.; — *Statistique* des élections générales de 1881 à 1902, *Le proportionnaliste*, nº 1, 1er juillet 1905, p. 5. — Cf. *infra*, § 57.

14. Le but et les fonctions de l'Etat. — La puissance politique étant chose de fait, on a compris, du jour où on a eu la notion du droit, que les ordres de cette puissance n'étaient légitimes que s'ils étaient conformes au droit et que l'emploi de la contrainte matérielle par la puissance politique n'était légitime que s'il était destiné à assurer la sanction du droit. C'est une idée qu'il importe de mettre tout particulièrement en relief. Nul n'a le droit de commander aux autres : ni un empereur, ni un roi, ni un parlement, ni une majorité populaire ne peuvent imposer leur volonté comme telle; leurs actes ne peuvent s'imposer

aux gouvernés que s'ils sont conformes au droit. Dès lors, la question souvent discutée de savoir quel est le but de l'Etat, ou plus exactement de la puissance politique, se résoud de la manière suivante : la puissance politique a pour but de réaliser le droit; elle est obligée par le droit de faire tout ce qui est en son pouvoir pour assurer le règne du droit. L'Etat est fondé sur la force; mais cette force est légitime lorsqu'elle s'exerce conformément au droit. Nous ne disons pas avec Ihering que le droit est la politique de la force, mais bien que la puissance politique est la force mise au service du droit.

Les auteurs modernes distinguent en général trois buts de l'État. Pour nous servir des expressions le plus souvent employées, l'État poursuit les trois buts suivants : 1° le maintien de son existence propre; 2° la réalisation du droit; 3° la culture, c'est-à-dire le développement du bien-être public et de la civilisation intellectuelle et morale. Cf. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2e édit., 1905, p. 591-609; — Meyer, *Grundbegriffe*, dans *Handbuch der politischen Economie* de Schomberg, III, p. 791, 3e éd., 1891; — Villey, *Les fonctions économiques de l'État*, 1882; — P. Leroy-Beaulieu, *L'État et ses fonctions*, 2e éd., 1891. — Si on va au fond des choses, ce triple but assigné à l'Etat se ramène à un seul : la réalisation du droit. En effet si l'État ou plus exactement les gouvernants, détenteurs de la puissance publique, sont obligés d'assurer le développement de la culture, de coopérer au progrès matériel, intellectuel et moral, c'est précisément parce qu'ils sont obligés de réaliser le droit; c'est parce que la règle de droit impose aux gouvernants, comme à tous les individus, des obligations positives et négatives, qui se ramènent toutes à ces deux obligations générales : ne rien faire de contraire à la solidarité sociale et coopérer dans la mesure du possible à sa réalisation. Or coopérer à la réalisation de la solidarité sociale, c'est précisément coopérer à la culture, travailler aux progrès de la civilisation, et c'est en même temps réaliser le droit, puisque d'une part en le faisant on applique la règle de droit et que, d'autre part, le droit naît lui-même de cette solidarité sociale. De même le but de conservation, dont parlent les auteurs précités, est essentiellement un but de solidarité, c'est-à-dire un but de droit. En effet, quand on parle de la conservation de l'État, on a certainement en vue la conservation et l'intégration progressive de la société dans laquelle existe la puissance politique considérée ; or on a établi que l'élément vital de toute société était la solidarité. Dire que l'Etat doit assurer sa conservation, c'est encore dire qu'il doit coopérer à la solidarité sociale et par conséquent au droit qui naît de cette solidarité.

C'est bien ce but unique de droit qu'avaient en vue les auteurs de nos *Déclarations des droits* quand, se plaçant au point de vue de la doctrine individualiste, ils écrivaient : « Le but de toute association politique est la *conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme* » (Décl. des droits de 1789, art. 2); et « Le but de la société est le bonheur commun. Le gouvernement est institué *pour garantir à l'homme la jouissance de ses droits naturels et imprescriptibles* » (Décl. des droits de 1793, art. 1).

Le but de l'État étant essentiellement un but de droit, son activité ne pouvant se manifester que conformément au droit et dans le domaine du droit, les actes qu'il fait doivent être logiquement classés d'après l'effet qu'ils produisent dans le monde du droit. C'est ainsi qu'on arrive naturellement à distinguer les fonctions suivantes de l'État : la fonction *législative*, la fonction *juridictionnelle*, la fonction *administrative*.

Par la fonction *législative*, l'Etat formule le droit objectif ou règle de droit ; il fait la loi qui s'impose à tous, aux gouvernants et aux gouvernés, parce qu'elle est l'expression du droit objectif qui, on l'a vu, oblige tous, gouvernants et gouvernés. Par la fonction *juridictionnelle*, l'Etat statue sur la violation du droit subjectif ou sur les contestations relatives à l'existence ou à l'étendue d'une situation juridique subjective ; il ordonne la réparation, la répression ou l'annulation suivant les cas, quand il y a eu violation du droit subjectif ; il ordonne les mesures nécessaires pour assurer la réalisation de la situation juridique subjective, dont il a reconnu l'existence et l'étendue. Par la fonction *administrative*, l'Etat fait des actes juridiques proprement dits, c'est-à-dire qu'intervenant dans les limites du droit objectif, il crée des situations juridiques subjectives.

15. Construction juridique de l'Etat. — C'est surtout dans le cours du XIXe siècle que l'on est arrivé à cette conception que le but essentiel de la puissance publique est d'assurer la réalisation du droit et que les hommes qui détiennent le pouvoir sont soumis au droit et liés par le droit. C'est la conception de ce

que les Allemands appellent le *Rechtstaat*, l'Etat de droit, dont on déterminera plus tard toutes les conséquences (V. 1re partie, chap. IV). Du jour surtout où on a compris cette notion de l'Etat de droit, le besoin s'est fait très énergiquement sentir à tous les esprits d'édifier la construction juridique de l'Etat. C'est sous l'empire de ce besoin, très légitime au reste, qu'est née la théorie dominante aujourd'hui, qu'on peut appeler la théorie de l'Etat *sujet de droit* ou théorie de la *personnalité juridique* de l'Etat.

L'Etat est un sujet de droit. Les éléments juridiques qui constituent cette personnalité sont la collectivité et le territoire sur lequel vit cette collectivité, et aussi le gouvernement, qui exprime la volonté de cette collectivité territoriale. Ce gouvernement a-t-il lui-même une personnalité juridique et doit-il être considéré comme le mandataire de la collectivité territoriale ? Ou au contraire n'y a-t-il qu'une seule personnalité, l'Etat, ou plutôt la collectivité territoriale organisée, le gouvernement étant l'organe juridique de l'Etat ? C'est une question qui sera examinée plus tard (V. §§ 49 et 50). Pour le moment, la chose est sans intérêt. Il suffit de dire que dans la théorie dominante aujourd'hui, les Etats sont considérés comme des personnes juridiques, des sujets de droit, et que les éléments qui constituent cette personnalité sont une collectivité, un territoire, un gouvernement.

Comment cette personnalité juridique s'explique-t-elle? D'après les uns, il y a là une simple fiction admise pour faire la construction juridique de l'Etat et déterminer un sujet support de la puissance publique, conçu comme droit subjectif. Pour d'autres, l'Etat ou plutôt la collectivité, qui est l'élément fondamental, est bien réellement une personne douée de conscience et de volonté, et quand on déclare que l'Etat est une personne juridique, on ne fait que constater la réalité. Pour d'autres enfin, la personnalité de l'Etat n'est point une fiction ; on ne peut non

plus affirmer que la collectivité soit une substance personnelle; en effet, le sujet de droit, la personne juridique, n'est point une substance, c'est une certaine capacité créée et concédée par l'ordre juridique et la logique n'exige point que cette capacité ne soit concédée qu'à l'individu humain. L'Etat est un fait réel; c'est un groupe social, une unité collective; cette unité n'est point une fiction. Dès lors, les unités collectives ne sont pas moins susceptibles que les individus humains d'être des personnes juridiques, sujets de droits. Cf. particulièrement Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1906.

Peu importe, au reste, ces divers raisonnements, la personnalité juridique de l'Etat est aujourd'hui à peu près unanimement reconnue. L'Etat, personne juridique, est titulaire d'abord de la *puissance publique*, de l'*imperium* (*Herrschaft*) conçue comme droit subjectif : c'est le droit de donner des ordres et d'en imposer l'obéissance par la contrainte. Dans la terminologie du droit public français, ce droit est communément appelé la *souveraineté*, expression qui a l'inconvénient, on le verra plus tard, de donner lieu à quelque confusion (V. §§ 28-32).

L'Etat, compris comme personne juridique, est titulaire non seulement du droit de puissance publique, mais encore de droits patrimoniaux. L'étendue et le nombre de ces droits patrimoniaux à l'époque moderne grandissent chaque jour davantage; cela tient naturellement à l'extension constante du rôle de l'Etat dans tous les domaines de l'activité humaine. L'Etat, sujet de droits patrimoniaux, est, par là même, sujet de dettes patrimoniales; et l'ensemble des droits et des charges forme un patrimoine dont l'Etat, personne patrimoniale, est le titulaire. L'Etat, personne juridique patrimoniale, a-t-il une personnalité distincte de celle de l'Etat, sujet du droit de puissance publique? C'est un point sur lequel la doctrine actuelle ne paraît pas encore fixée d'une manière ferme.

Pendant longtemps les juristes allemands ont enseigné, d'une manière à peu près unanime, que la personnalité patrimoniale de l'Etat était distincte de sa personnalité de puissance publique et appelaient *Fiscus* l'Etat personne patrimoniale. Cette idée parait aujourd'hui être en voie de déclin dans la jurisprudence allemande. Cf. Hatschek, *Die rechtliche Stellung des Fiskus im burgerlichen Gesetzbuche*, 1899. Elle est très vivement combattue par les auteurs français. Les uns, comme M. Michoud, M. Hauriou, estiment que l'Etat ne forme qu'une seule et unique personne juridique, apparaissant cependant dans le monde juridique sous deux aspects, l'aspect de la puissance publique, l'aspect de la patrimonialité ; et suivant les cas, le caractère de puissance publique ou le caractère patrimonial est plus ou moins dominant. V. surtout Michoud, *Théorie de la personnalité morale,* 1906, p. 262 et suiv.

D'autres auteurs estiment que l'Etat patrimonial seul est une personne juridique, et que l'Etat, en tant qu'il exerce la puissance publique, ne l'est point; ils distinguent l'Etat *puissance* et l'Etat *personne*. M. Berthélemy (*Précis de droit adm.*, 3e édit., 1905, p. 28 et suiv.) insiste particulièrement sur cette idée. Peut-être l'affirme-t-il plutôt qu'il ne la démontre; car il nous semble bien résulter de l'ensemble de son livre que notre cher et savant collègue considère la puissance publique comme un droit *subjectif;* dès lors il faut un sujet à ce droit subjectif et ce sujet, n'étant certainement pas, dans la pensée de M. Berthélemy, les individus en fait investis du pouvoir, ne peut être que l'Etat personnifié.

Nous-même avons essayé de démontrer que l'on devait faire la construction juridique de l'Etat sans avoir recours au concept de la personnalité, que cette personnalité ne répondait pas à la réalité des choses et n'était par conséquent qu'une fiction. Mais pour établir cela, nous nous sommes surtout attaché à démontrer que la puissance publique n'était pas, ne pouvait pas être un droit. En un mot au lieu d'édifier la construction juridique de l'Etat sur la notion du droit subjectif, comme le font la plupart des auteurs et M. Berthélemy lui-même, nous avons tenté de l'édifier sur le concept du droit objectif. Peut-être nous sommes-nous trompé ? Il nous semble cependant que notre construction juridique est plus adéquate à la réalité que celle qui est communément présentée, qui nous paraît reposer sur une pure fiction ou tout au moins sur un postulat inutile. Cf. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive,* 1901 ; et *L'Etat, les gouvernants et les agents,* 1903. Nous avons dit à l'*avertissement* placé en tête du volume pourquoi dans un *Manuel* nous avions cru devoir exposer la théorie juridique de l'Etat-personne. Pour la critique de la notion de personnalité souveraine de l'Etat, cf. Le Fur, *L'Etat, la souveraineté et le droit, Zeitschrift für Vœlkerrecht und Bunderstaatsrecht*, 1906, nº 1, p. 13).

La théorie de la personnalité de l'Etat ou de l'Etat *sujet* est opposée à la théorie de l'Etat *patrimonial* ou de l'Etat *objet*. Cf.

notamment Esmein, *Droit constit.*, 4e éd., 1906, p. 2 et suiv.; Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2e éd., 1905, p. 157 et suiv. Jusqu'à la révolution française cette dernière théorie a été assurément la forme générale de toute conception juridique de l'Etat. La puissance publique est un droit subjectif, droit construit même par les légistes français sur le modèle de la propriété romaine. Le *dominium* du droit romain a servi d'archétype à l'*imperium* du roi de France. Ce droit de puissance publique, quelle qu'en soit du reste l'origine (cf. *supra*, §§ 10 et 11), a pour titulaire le roi, ou d'une manière plus générale le prince, c'est-à-dire l'individu ou le groupe d'individus qui en fait détiennent cette puissance; et l'objet de ce droit de puissance, ce sont les individus dont la réunion forme la société où commande le prince, et aussi le territoire sur lequel vit cette société. En un mot l'objet de ce droit de puissance, ce sont les deux éléments : population et territoire, qui sont considérés aujourd'hui comme constituant les éléments essentiels de l'Etat. D'où le nom donné à la théorie ancienne : théorie de l'*Etat-objet*. Cette conception patrimoniale de l'Etat a inspiré tous ceux de nos anciens auteurs qui ont tenté de formuler une théorie juridique de la puissance publique. Elle est dans Bodin (*Les six livres de la République*, édit. franç., 1593) et aussi dans les traités de juristes purs comme Loyseau (*Traité des Seigneuries*, 1640), Lebret (*De la souveraineté du roi*, 1642) ou Domat (*Le droit public*, 1713). Le mot de Louis XIV « L'Etat, c'est moi » n'a probablement jamais été prononcé; il est cependant l'expression exacte de la conception de l'Etat alors dominante. C'est cette conception qui explique le caractère juridique des apanages, cession de souveraineté faite par un prince sur un territoire et la population habitant ce territoire; c'est elle qui fait comprendre le caractère des conventions diplomatiques par lesquelles les princes échangent, vendent des territoires et des peuples comme font les particuliers leurs domaines. L'idée, qui a été en 1814 et en 1815 dominante au Congrès et dans les traités de Vienne, n'a point encore complètement disparu des relations internationales. Il faut dire aussi qu'elle était récemment encore enseignée sous le nom de *théorie du Herrscher* par quelques auteurs allemands, notamment par Seydel, qui soutient que le seul titulaire de la puissance publique est le chef d'Etat, le *Herrscher*, et que cette puissance publique a pour objet l'Etat, c'est dire le territoire et la population qui l'habite. Cf. Seydel, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, 1873. Rap. Bornhak, *Preussisches Staatsrecht*, I, 1888 et *Allgemeine Staatslehre*, 1896.

Cependant du jour où la Révolution a proclamé et où la grande majorité des esprits ont cru que la souveraineté prenait sa source dans la collectivité elle-même, il devenait impossible de maintenir la théorie de l'Etat patrimonial; elle ne cadrait plus avec les idées dominantes; et c'est pour cela que s'est rapidement élaborée, sous l'influence de nos constitutions révolutionnaires, la théorie aujour-

d'hui classique de l'Etat personne juridique, de l'Etat sujet de droit. Il importe, toutefois, de noter que la conception de l'Etat patrimonial n'a point été sans influence sur la théorie nouvelle. Quand les membres de l'Assemblée nationale de 1789 parlent de souveraineté, ils entendent le mot dans le sens où le prenaient nos anciens auteurs, quand ils parlaient de la souveraineté du roi, puissance publique se manifestant surtout par la loi expression même de la volonté du souverain. Ils déclarent que cette souveraineté n'appartient plus au roi, mais au peuple; seulement, dominés par les conceptions princières, ils maintiennent une bonne part de l'ancienne théorie. Pour cela il suffit en effet d'une modification de mots; il suffit de substituer la nation au roi et de dire la nation là où on disait le roi. Le roi était naturellement une personne titulaire de droits, titulaire de la souveraineté. La nation sera elle aussi une personne; elle sera titulaire de la souveraineté. L'Etat était le roi; il sera la nation personnifiée; l'Etat sera une personne.

16. L'Etat lié par le droit. — L'Etat étant conçu comme une personne, un sujet de droit, il tombe sous la prise du droit; il devient, d'après l'expression allemande, un *Etat de droit*, un *Rechtsstaat*. Non seulement il est titulaire de droits subjectifs, mais encore il est obligé par le droit objectif, par la règle de droit. Il importe de bien comprendre la portée de cette proposition.

On a montré au § 14 que l'Etat poursuivant son but, qui est la réalisation de la solidarité sociale, but de droit, accomplissait sa mission en faisant la loi, constatation du droit objectif, en administrant, en jugeant et en mettant en œuvre, pour assurer le respect de sa volonté, la contrainte matérielle. En disant que l'Etat est lié par le droit, on veut dire, d'abord, que l'Etat législateur est obligé par le droit de ne pas faire certaines lois et obligé aussi de faire certaines lois. On veut dire ensuite que l'Etat ayant fait une loi, tant que cette loi subsiste, il est lié par la loi qu'il a faite; il peut la modifier, l'abroger; mais tant qu'elle subsiste il est obligé lui-même d'obéir à cette loi comme ses sujets; ses administrateurs, ses juges et ses législateurs eux-mêmes doivent appliquer la loi et ne peuvent agir que dans les limites fixées par elle. C'est le régime de *légalité*.

D'abord l'Etat est obligé, disons-nous, par le droit de faire certaines lois et de ne pas faire certaines lois. Comment expliquer cette obligation de l'Etat? Comment fonder la limitation juridique de l'Etat par l'existence d'un droit non écrit supérieur et antérieur à lui?

Dans la doctrine des droits individuels naturels, cette limitation juridique de l'Etat se conçoit aisément. L'homme, ayant parce qu'il est homme, des droits individuels naturels, antérieurs à la société elle-même, à l'Etat, ces droits individuels s'imposent au respect de l'Etat; et celui-ci ne peut faire aucune loi qui porte atteinte à ces droits. Le but même de l'Etat est la protection de ces droits (Décl. des droits 1789, art. 2; *Id.* 1793, art. 1er). Faut-il aller plus loin et dire que l'Etat est obligé par le droit de faire des lois qui assurent la réalisation complète de ces droits? En un mot la doctrine des droits individuels naturels fonde-t-elle non seulement, à la charge de l'Etat, des obligations négatives, mais encore des obligations positives? C'est une question qui sera discutée plus loin.

Dans les pays qui pratiquent le système des constitutions *rigides, des déclarations et des garanties des droits*, comme la France, les Etats-Unis de l'Amérique du Nord, cette obligation juridique de ne pas faire certaines lois a été expressément reconnue. Mais ce ne sont point les Déclarations des droits ou les constitutions, quelque solennelles, quelque expresses qu'elles soient, qui ont créé cette obligation; elles n'ont fait que la constater. Quoi qu'il en soit, il est vrai de dire que dans ces pays le législateur ordinaire ne peut faire aucunes lois contraires aux Déclarations des droits ou aux constitutions. C'est la formule du titre Ier, § 3 de la constitution de 1791 : « Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils... ». Mais ces Déclarations et ces constitutions n'existeraient pas, il resterait vrai, pour tous les pays,

d'après la doctrine individualiste, que l'Etat ne peut jamais faire une loi portant atteinte aux droits individuels naturels, qu'il ne peut apporter par la loi de restrictions aux droits de chacun que dans la mesure où cela est nécessaire à la conservation des droits de tous.

Dans la doctrine que nous avons essayé d'édifier, la limitation juridique du pouvoir législatif de l'Etat se conçoit aussi aisément. Il est vrai qu'elle s'applique aux individus qui détiennent le pouvoir, et non à l'Etat considéré comme une personne. Mais cette limitation n'est pas moins rigoureuse; et c'est même pour cela qu'elle est particulièrement rigoureuse. Comme les individus, les gouvernants ont des devoirs juridiques fondés sur le principe de la solidarité sociale; ils sont comme tous les individus obligés de mettre leurs aptitudes propres au service de la solidarité sociale. Les gouvernants par définition possèdent la plus grande force existant dans une société donnée; ils sont donc obligés, par la règle de droit, d'employer la plus grande force dont ils disposent à la réalisation de la solidarité sociale. Ils doivent ainsi faire toutes lois nécessaires à l'obtention de ce but; et *a fortiori* ils ne peuvent faire aucunes lois contraires au développement même de la solidarité sociale. Le droit impose aux gouvernants non seulement des obligations négatives, mais aussi des obligations positives. La personnalité juridique de l'Etat n'étant à tout prendre qu'un procédé de construction juridique permettant de traiter comme une unité la collectivité gouvernante, en démontrant que les gouvernants législateurs sont liés par un droit objectif antérieur et supérieur à eux, on a fait la démonstration pour l'Etat lui-même.

La doctrine allemande moderne, dans son ensemble et sauf quelques réserves, affirme au contraire que l'Etat législateur n'est point lié par le droit; elle enseigne que la loi faite, tant qu'elle subsiste, oblige l'Etat, mais elle estime en général que l'Etat n'est pas tenu de faire certaines lois, ou de ne pas faire certaines lois. Le droit est impuissant à établir le point que ne peut franchir le

pouvoir souverain. Il peut y avoir des limites morales, historiques, politiques, sociales; mais il n'y en a point de juridiques. A partir d'un certain degré, l'Etat est impuissant à se faire obéir, mais l'Etat créateur du droit ne peut être assujetti au droit; il n'y a pas de droit contre l'Etat.

Toutes ces doctrines, à l'insu même peut-être de leurs auteurs, procèdent de J.-J. Rousseau. On a cité précédemment (§§ 11 et 12) quelques passages du *Contrat social*, où l'auteur affirme l'omnipotence du souverain. Dans les *Lettres écrites de la Montagne*, la même idée est exprimée en termes plus positifs encore : « Dans tout Etat politique, il faut une puissance suprême, un centre où tout se rapporte, un principe d'où tout dérive, un souverain qui puisse tout... Il est de l'essence de la puissance souveraine de ne pouvoir être limitée; elle peut tout ou elle n'est rien » (Partie II, lettre 7). Hegel et Ihering ont eu aussi une influence considérable sur la doctrine allemande contemporaine : le droit, dans leur doctrine, est toujours uniquement la règle établie par l'Etat sous la sanction de la contrainte; tout ce que veut l'Etat est le droit; et une règle n'a le caractère de règle de droit que si elle est voulue par l'Etat. Gerber (*Staatsrecht*, 1887), M. Laband (*Droit public de l'Empire allemand*, édit. française, 1900, I), M. Jellinek (*Gesetz und Verordung*, 1887, et *System*, 1893), enseignent la même doctrine. Dans son dernier ouvrage (*Allgemeine Staatslehre*, 1900 et 2[e] édit., 1905), M. Jellinek a fait un curieux effort pour fonder la limitation juridique de l'Etat; mais avec le point de départ qu'il admet, le savant auteur est obligé de ne voir, dans la limitation juridique de l'Etat, qu'un produit historique. Assurément, cela n'est pas suffisant.

Dans un article déjà cité (*Die Grundbegriffe des Staates und die neuesten Staatsrechtstheorien*, *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, Tubingen, 1874, XXX, p. 160) où M. Gierke réfute éloquemment les doctrines monstrueuses exposées par Seydel dans *Grundzüge des Staatsrechts*, 1873, négation complète du droit, le savant jurisconsulte aboutit à une doctrine qui se rapproche beaucoup de la doctrine individualiste française; elle est seulement exposée en une forme plus abstraite. Il écrit : « Le droit n'embrasse pas le tout de l'individu et de l'Etat; d'une part, l'Etat est non seulement un *Rechstaat*, mais aussi un *Culturstaat*... D'autre part, l'individu a par lui-même... une certaine sphère d'activité et le droit vient précisément limiter et régler cette sphère de l'activité de l'Etat (droit public) et de l'individu (droit privé)... Nous devons reconnaître l'individu vis-à-vis de l'Etat comme une essence originaire existant par soi, portant son but en elle-même ».

L'Etat, ayant fait la loi, est obligé de respecter cette loi tant qu'elle existe. Il peut la modifier ou l'abroger; mais tant qu'elle existe, il ne peut faire un acte de

contrainte, un acte administratif ou juridictionnel que dans la limite fixée par cette loi, et en cela encore l'Etat est un *Etat de droit*. L'Etat, en vertu de la même idée, est le justiciable de ses propres tribunaux. Il peut être partie à un procès; il peut être condamné par ses propres juges et il est tenu comme un simple particulier d'exécuter la sentence prononcée contre lui (Gneist, *Der Rechtsstaat*, 2e édit., 1879). Il reste à expliquer comment l'Etat peut être lié par la loi qu'il a faite.

Les anciens auteurs enseignaient que le roi était *lege solutus*, c'est-à-dire que le roi avait le pouvoir de dispenser de l'application des lois dans des cas particuliers (V. notamment Domat, *Le droit public*, liv. I, tit. II, sect. II, §§ 6 et 13, p. 10 et 11, Paris, 1713). C'est depuis la Révolution qu'on a compris et affirmé que l'Etat administrateur et juge est tenu d'appliquer, tant qu'elle existe, la loi qu'a faite l'Etat législateur. Cette affirmation est en effet une conséquence logique de la théorie des droits individuels naturels. Dans cette doctrine la loi est loi non pas tant parce qu'elle est voulue par l'Etat, mais surtout parce que, étant voulue par l'Etat, elle est présumée avoir pour but la protection des droits individuels, qui s'imposent non seulement à l'individu, mais encore à l'Etat; et par conséquent si l'Etat est tenu de respecter la loi, c'est parce qu'il est tenu de respecter les droits individuels. Toute atteinte à la loi doit être présumée une atteinte aux droits individuels, et comme telle est formellement interdite. C'est le devoir du législateur d'organiser les pouvoirs publics de telle sorte que le danger de la violation de la loi soit réduit au minimum et que toute infraction à la loi par les pouvoirs publics soit énergiquement réprimée. Aucun organe de l'Etat ne peut violer la loi, tant qu'elle existe, pas même l'organe plus spécialement chargé de faire la loi.

Si l'on n'accepte pas la théorie des droits individuels

et si l'on se rallie à la doctrine de la solidarité sociale, telle que nous avons essayé de l'exposer, on aboutit aussi logiquement à la même conclusion. La loi puise sa force obligatoire, non pas dans la volonté des gouvernants, mais dans sa conformité à la solidarité sociale. Par conséquent, elle oblige les gouvernants aussi rigoureusement que les sujets, puisque comme ceux-ci les gouvernants sont obligés par la règle de droit fondée sur la solidarité sociale. Lorsqu'un organe quelconque de l'Etat ou, pour parler plus exactement, lorsqu'un individu investi, à un titre quelconque, de la puissance politique, gouvernant ou agent des gouvernants, viole la loi, il est présumé porter une atteinte au droit objectif fondé sur la solidarité sociale, puisque cette loi n'a de force que si elle est l'expression de ce droit objectif. Encore dans cette doctrine, c'est une obligation qui s'impose aux gouvernants de créer une organisation telle que soit réduit au minimun le danger de violation de la loi, et que cette violation par un agent public soit énergiquement réprimée.

Avec la doctrine précédemment indiquée et d'après laquelle la loi puise sa force uniquement dans la volonté de l'Etat, il est plus difficile d'expliquer comment l'Etat peut être lié par la loi qu'il fait lui-même. La loi est un ordre : or l'Etat ne peut pas se donner un ordre à lui-même; tout ordre implique un supérieur et un subordonné; l'Etat ne peut pas être tenu par la loi, puisque la loi puise sa force impérative uniquement dans la volonté de l'Etat. La conséquence rigoureusement logique en est qu'il n'y a point de droit public. Quelques auteurs, notamment Seydel (*Grundzüge*, 1873), allant jusqu'à l'extrême conséquence de ce point de départ, déclarent qu'il n'y a pas de droit contre l'Etat, ou plutôt contre le *Herrscher* détenteur de la puissance souveraine et que ce qu'on appelle le droit public, c'est simplement un ensemble de règles établies arbitrairement par les gouvernants, et par lesquelles ils ne sont point liés. Mais de pareilles doctrines ne pouvaient triompher. — C'est pour donner un fondement au droit public qu'on a imaginé la théorie extrêmement ingénieuse de l'*auto-limitation* de l'Etat. C'est Ihering qui en est l'inspirateur (*Der Zweck im Rechte*, I, p. 241, 1877). Ihering, on l'a déjà dit, enseigne que l'Etat est la seule source du droit; mais, d'après lui, les hommes ne se sont pas arrêtés à cette conception; ils sont allés plus loin et ils sont arrivés à voir dans le droit une règle, un ordre par voie générale, obligeant tant

qu'il existe, non seulement ceux auxquels il s'adresse, mais encore celui qui l'a formulé. Cette force *synallagmatique* du droit s'est réalisée par l'auto-limitation de l'Etat. C'est ainsi que l'Etat est devenu un *Rechtstaat,* c'est-à-dire un Etat lié et limité par la loi qu'il fait lui-même. Comment la puissance étatique est-elle arrivée à se subordonner elle-même au droit qu'elle crée ? Par intérêt personnel, parce qu'elle a compris qu'elle serait mieux obéie si elle respectait les lois formulées par elle-même. Ainsi, d'après Ihering, le droit est la politique bien entendue de la force, « non pas la politique de la passion et de l'intérêt momentané, mais une politique à vues larges et lointaines ».

Cette conception de l'*auto-limitation* de l'Etat a été surtout développée par M. Jellinek (*Gesetz und Verordnung*, 1887, p. 197; *Allgemeine Staatslehre,* 2e édit., 1905, p. 357 et suiv.). Pour le savant professeur, le droit est aujourd'hui une création consciente, voulue et exclusive de l'Etat. Sans doute, dans son dernier ouvrage, M. Jellinek ne voit pas là un principe théorique, mais l'aboutissant d'un processus historique. Si l'Etat moderne crée tout le droit, il crée aussi son propre droit et, par suite, l'Etat ne sera limité dans son action, déterminé dans ses obligations que par le droit qu'il s'impose à lui-même par l'*auto-limitation.* « De cette *auto-limitation,* écrit M. Jellinek, dépend tout le droit public et par là tout le droit » (*Allgemeine Staatslehre,* p. 358). L'Etat, en vertu même de la puissance dont il est titulaire, ne se détermine que par sa propre volonté; il a l'*auto-détermination ;* et de même qu'il a la faculté d'*auto-détermination,* il a la faculté d'*auto-limitation ;* comme c'est *volontairement* qu'il se limite lui-même, il n'y a là aucune atteinte à sa puissance, à sa *Herrschaft,* et ainsi l'Etat, tout en restant l'Etat, se trouve obligé, en vertu de sa propre volonté, par le droit qu'il crée lui-même. « L'Etat s'oblige, dans l'acte de création du droit, quel que soit ce droit, envers ses sujets, au maintien et à la réalisation du droit » (*Ibid.*, p. 434).

Quelque ingénieuse que soit cette doctrine, quelque remarquable effort qu'ait fait M. Jellinek dans son dernier ouvrage pour la justifier et la défendre, elle ne nous satisfait point. Nous persistons à croire que l'Etat est lié par un droit supérieur à lui et que s'il est obligé de respecter les lois qu'il fait, c'est parce qu'elles sont présumées être l'expression de ce droit supérieur, quelque fondement qu'on lui donne, droits individuels naturels ou solidarité. La doctrine de l'*auto-limitation* est une garantie bien fragile contre l'arbitraire de l'Etat. La loi, dit-on, limite l'action de l'Etat; mais la confection de la loi est aussi action de l'Etat ; pourquoi l'Etat n'est-il pas lié par le droit dans ce mode d'action, l'action législative, qui est le plus important et le plus énergique ? Une limitation voulue n'est pas une limitation pour celui qui la veut ; une limitation qui peut être créée, modifiée ou supprimée au gré de celui qu'elle atteint, n'est point une limitation. Si l'Etat n'est lié que par la loi

qu'il a faite, qu'il pouvait ne pas faire et qu'il peut défaire par une autre loi, à vrai dire il n'est point lié par le droit.

17. Le droit public. — Par ce qui précède, on a établi le fondement et déterminé le domaine du droit public. Le droit public est l'ensemble des règles de droit qui s'appliquent à l'Etat. C'est d'un mot le droit objectif de l'Etat, le *Staatsrecht* des Allemands. On a vu comment et pourquoi l'Etat est régi par le droit. On oppose le droit public au droit privé, qui est le droit objectif s'appliquant aux personnes juridiques autres que l'Etat, sauf ce qui sera expliqué plus loin sur les personnes publiques autres que l'Etat, qui peuvent être sujets de droit public (cf. § 18). L'Etat sujet de droit est donc régi par le droit objectif public. Dans les limites fixées par le droit public objectif, il est titulaire de droits publics subjectifs ; sa volonté, se manifestant dans les limites fixées par le droit public objectif, produit un effet dans le monde du droit, soit qu'il formule une règle de droit, soit qu'il crée une situation juridique subjective.

Le droit public est soumis à la grande loi de l'évolution du droit. Il existe d'abord dans les consciences individuelles et tend à s'extérioriser. Il s'est d'abord traduit à l'extérieur par la coutume. La coutume, dans la conception que nous nous en formons, n'est point un mode de création du droit, mais un mode de constatation. On ne doit point y voir, avec l'école de Savigny et de Puchta, une création de la conscience du peuple. Le droit est, à tout prendre, une création de la conscience individuelle, et c'est le mode de constatation du droit qui est social. La coutume est un mode de constatation encore imparfait et qui apparaît le premier. Lorsqu'une certaine manière de procéder a été suivie pendant un certain temps, toutes les fois que la même situation se présentait, elle devient une règle et une règle coutumière. Ce n'est point la coutume qui en a fait une règle de droit, mais c'est une règle de droit qui se manifeste à l'extérieur par la coutume. La cou-

tume elle-même se constate de diverses manières. Pour les rapports privés, elle apparaît surtout dans les conventions des parties, principalement dans les clauses contractuelles dites de style, et aussi dans les décisions de la jurisprudence, qui certainement ne créent pas le droit, mais forment le moyen de constatation le plus exact et le plus précis de la coutume. La coutume, manifestation du droit public, apparaît dans les décisions prises, les déclarations formulées, les pratiques suivies pendant un certain temps par les gouvernants ou les agents. En Angleterre, par exemple, la plus grande partie du droit constitutionnel n'est constatée que par la coutume parlementaire, cette coutume étant elle-même le produit de pratiques suivies depuis de longues années par les pouvoirs publics. En France, dans le droit constitutionnel, la coutume occupe une place moins importante; mais cependant, on le verra dans la suite de ce livre, son domaine ne laisse pas d'avoir une certaine étendue. Il est une partie du droit public, le droit administratif (v. § 18 la détermination de son domaine), où la part du droit, constatée par la coutume, est considérable et où le facteur essentiel de formation coutumière est la jurisprudence, et particulièrement la jurisprudence de notre conseil d'Etat.

Nos sociétés contemporaines sont arrivées, dans l'évolution générale du droit, à la période de l'expression du droit par la loi positive émanée de l'Etat. On a déjà dit que le rôle principal de l'Etat était de constater, en une formule écrite, décrétée et promulguée suivant certaines formes déterminées, la règle de droit et d'édicter en même temps des dispositions de détail ou réglementaires (lois constructives), pour en assurer l'application. Le droit public, comme le droit privé, trouve aujourd'hui son expression avant tout dans la loi positive écrite. Les sociétés civilisées modernes sont toutes arrivées à ce qu'on peut appeler la période du droit législatif, c'est-à-dire la période où le mode essentiel de constatation du droit est la loi

positive faite par l'Etat. Le droit objectif est aujourd'hui surtout la *loi écrite* et cela est vrai aussi bien pour le droit public que pour le droit privé. Cependant la loi écrite positive n'est pas tout le droit; elle n'est pas plus tout le droit public qu'elle n'est tout le droit privé. A côté de l'expression législative du droit, la coutume continue à jouer un rôle important et beaucoup de règles coutumières viennent se superposer aux règles législatives. Il se produit entre la loi écrite et la règle coutumière une série d'actions et de réactions qu'on ne peut qu'indiquer ici. Souvent la loi écrite est venue donner une expression plus précise à une règle déjà constatée par la coutume. Parfois aussi certaines dispositions de la loi écrite, qui peut-être, au moment où elles ont été portées, ne répondaient pas exactement à la situation prévue, ont provoqué l'établissement d'une pratique qui, par son application répétée, a donné naissance à une règle de droit qui avait été, en quelque sorte, formulée d'avance par le législateur.

On a beaucoup discuté et on discute encore la question de savoir si la coutume peut abroger des dispositions de la loi écrite. Ce que nous avons dit sur la coutume montre que la question est ainsi mal posée. En effet, la coutume ne créant point le droit ne peut, évidemment, abroger une règle de droit. La loi d'ailleurs ne crée pas le droit davantage. Il faut donc poser ainsi la question : étant donné qu'il est manifeste qu'une disposition écrite est en contradiction avec le droit d'un peuple à un moment donné et que, d'autre part, la règle adéquate à ce droit n'est encore constatée que par une pratique coutumière, doit-on appliquer la règle écrite ou la règle coutumière? Nous n'hésitons pas à dire qu'il faut appliquer la règle coutumière, car la solution contraire aboutirait à dire que lorsqu'on se trouve en présence de deux règles dont l'une est le droit et dont l'autre ne l'est pas, il faut appliquer la règle qui n'est pas le droit.

Dans beaucoup de pays modernes le droit public est constaté par deux catégories de lois appelées les unes lois *constitutionnelles* et les autres lois *ordinaires*. Pour éviter une confusion entre les lois constitutionnelles au sens général du mot, désignant toutes les lois d'organisation politique, et celles dont nous parlons maintenant, on appelle celles-ci lois *constitution-*

nelles rigides. La France, les Etats-Unis et beaucoup d'autres pays vivent sous le régime des constitutions rigides. Au contraire l'Angleterre ne connaît qu'une seule catégorie de lois. Cette distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires est purement formelle. Elle se réduit à ceci qu'il y a certaines lois qui sont faites en une forme particulière, par un organe spécial, et qui ne peuvent être ni modifiées ni abrogées par le législateur ordinaire. Habituellement ces lois constitutionnelles contiennent des dispositions sur les obligations générales de l'Etat, sur les droits de l'individu à l'égard de l'Etat, sur l'organisation politique. Mais l'objet de ces lois importe peu ; leur caractère particulier tient uniquement au caractère de l'organe qui les fait. On reviendra plus longuement sur la distinction des lois *constitutionnelles rigides* et des lois ordinaires.

18. Les divisions du droit public. — Le droit public, droit de l'Etat, étant ainsi constaté par la coutume, par la loi écrite constitutionnelle ou ordinaire, se divise naturellement en un certain nombre de parties, qui sans doute se pénètrent intimement réciproquement, mais qu'il est indispensable d'établir pour arriver à faire un groupement méthodique des règles de droit public.

Nous trouvons d'abord le droit *public externe*, ou *droit international* ou *droit des gens*, qui comprend l'ensemble des règles de droit s'appliquant aux Etats dans leurs rapports entre eux. On distingue souvent le *droit international public* et le *droit international privé*. En réalité cette distinction n'existe pas ; ce qu'on appelle le droit international privé est véritablement du droit public, puisqu'il comprend les règles s'appliquant aux conflits nés entre deux Etats, en tant que par leur puissance législative ils règlent les rapports privés de leurs sujets ou des personnes qui se trouvent sur leur territoire. Le droit international restera complètement en dehors de nos études.

Au droit public externe on oppose le droit public interne comprenant toutes les règles s'appliquant à un Etat déterminé. Une première partie du droit public externe groupe les règles de droit qui s'appliquent à l'Etat pris en lui-même, qui déterminent les obligations qui s'imposent à lui, les droits dont il est titulaire et aussi son organisation intérieure. On suppose que l'Etat n'entre pas en relation avec d'autres personnalités et on étudie les règles qui s'appliquent ainsi à l'Etat dans ce qu'on pourrait appeler sa vie intérieure. Cette première partie du droit public interne est extrêmement vaste. Cela tient d'une part à ce que l'époque moderne est arrivée à la notion précise de l'Etat de droit et a compris que le but essentiel à poursuivre est de limiter l'Etat par le droit, en déterminant rigoureusement et minutieusement ses droits et ses obligations, et d'autre part à ce que le rôle de l'Etat moderne s'accroissant chaque jour, son organisation intérieure devient chaque jour plus complexe. Cette première partie du droit public interne, on l'appelle souvent le *droit constitutionnel* (en prenant le mot constitutionnel dans un sens très large, et non plus dans le sens étroit où on l'emploie pour désigner les lois constitutionnelles rigides). Cette expression *droit constitutionnel* est mauvaise, précisément parce qu'elle prête à la confusion que nous signalons. Cependant elle passe de plus en plus dans l'usage, et pour nous y conformer c'est le titre principal que nous avons donné à ce livre, qui est exclusivement consacré à l'étude de cette première partie du droit public.

L'expression qui nous paraîtrait la plus exacte pour désigner cette première partie du droit public interne, est *droit public organique*. Mais nous reconnaissons volontiers que cette expression n'a pas encore acquis droit de cité dans la terminologie du droit français et nous y renonçons d'autant plus qu'elle pourrait aussi faire croire que nous faisons une part aux doctrines fausses sur l'assimilation de l'Etat à un organisme naturel. Nous serons cependant, à défaut d'autre mot, obligé de parler plus tard des *organes* de l'Etat.

Beaucoup d'auteurs distinguent d'une part le *droit public géné-*

ral ou les *principes du droit public*, et d'autre part le *droit constitutionnel* proprement dit. A la Faculté de droit de Paris, il y a même deux chaires, une chaire de *Principes du droit public* et une chaire de *Droit constitutionnel comparé*, et au 1er examen de doctorat politique, le décret du 8 août 1898 donne aux candidats le choix entre les Principes généraux du droit public et le Droit constitutionnel. Nous avouons franchement que nous ne voyons pas la différence qui peut bien exister entre le droit public général et le droit constitutionnel. Personne ne pense que l'étude du droit constitutionnel se réduise au commentaire des quelques textes qui, en France ou dans les pays étrangers, ont le caractère constitutionnel rigide; dès lors, le droit constitutionnel, ou n'est rien, ou comprend l'ensemble des règles relatives à la structure interne de l'Etat et à son organisation comme à la limite de ses droits et à l'étendue de ses obligations. Peut-on dire que dans un cours de *Principes du droit public* on expose surtout des théories générales et que dans un cours de *Droit constitutionnel* on s'attache surtout à l'étude descriptive des institutions positives? Ce n'est pas alors une question d'objet, mais seulement une question de méthode. Or il nous semble que les théories générales ne sont rien si elles ne reposent pas sur l'observation des institutions positives et qu'à l'inverse l'étude des institutions positives n'offre aucun intérêt et n'a rien de scientifique si on ne les rattache pas à un certain nombre d'idées générales. Au reste il ne convient pas d'insister plus longuement sur ces questions de terminologie et de méthode.

Après avoir considéré l'Etat en lui-même, il faut l'observer entrant en relations avec d'autres personnalités, des personnalités n'ayant pas le caractère d'Etat. Le droit public interne comprend toutes les règles de droit qui s'appliquent aux rapports nés entre l'Etat et d'autres personnes juridiques n'ayant pas le caractère d'Etat. On aperçoit tout de suite combien est vaste cette seconde partie du droit public interne, et comment son domaine s'agrandit chaque jour, à mesure que les attributions de l'Etat s'accroissent.

Cet accroissement constant de l'activité étatique est critiqué et regretté par les uns, approuvé et encouragé par les autres; il a donné lieu et donne encore lieu à de vives polémiques. Elles nous paraissent sans objet : il y a là un fait irrésistible, que l'on doit constater et qu'il faut prendre tel quel. Il a pour conséquence la formation d'un nombre toujours plus grand de règles juridiques, s'appliquant aux rapports

toujours plus nombreux et plus complexes naissant de l'intervention continuelle de l'Etat. Il n'y a pas un moment de son existence où l'homme moderne ne se trouve en contact avec l'Etat et ses agents. Ce contact continuel a donné naissance à une somme énorme de règles juridiques la plupart écrites, quelques-unes coutumières, qui forment cette seconde division du droit public. Les législations, les jurisprudences modernes, et particulièrement la jurisprudence française sont intervenues ici fréquemment et minutieusement, parce que c'est dans ce contact incessant de l'individu et de l'Etat que le danger d'arbitraire a surtout apparu et qu'on a senti le besoin de le prévenir dans la mesure du possible.

Etant donnée la vaste étendue de cette partie du droit public, comprenant toutes les règles s'appliquant aux rapports de l'Etat avec d'autres personnalités, il est nécessaire d'y faire une subdivision. Celle qui nous paraît la plus logique se rattache à la distinction des deux fonctions de l'Etat, la fonction administrative et la fonction juridictionnelle. La fonction de contrainte n'a pas, à vrai dire, comme on le montrera plus loin, un caractère spécifique juridique; elle consiste à assurer l'exécution par la force des actes administratifs ou des actes juridictionnels et par conséquent à elle ne peut correspondre une partie déterminée du droit public. A l'exercice de la fonction administrative correspond le *droit administratif*, comprenant l'ensemble des règles qui régissent les rapports nés entre l'Etat et une autre personne à la suite d'un acte administratif. On montrera plus loin que le droit administratif comprend aussi les règles s'appliquant à l'activité des personnes collectives publiques autres que l'Etat (cf. § 42). C'est surtout cette partie du droit public qui prend de nos jours une importance considérable, car c'est par le moyen d'actes administratifs que l'Etat réalise son intervention si fréquente et si active dans tous les domaines de la vie sociale, industrie, com-

merce, enseignement, rapports du capital et du travail; c'est par des actes administratifs que l'Etat se procure et gère les capitaux énormes dont il a besoin pour accomplir sa mission; c'est par les mêmes actes que l'Etat remplit aussi ses devoirs d'assistance et de protection aux faibles, aux malheureux, aux infirmes, devoirs qu'on lui reconnait unanimement aujourd'hui et que vient de consacrer la loi du 14 juillet 1905. Le domaine du droit administratif est si vaste que l'on a pris l'habitude d'en détacher certaines parties, comme le droit financier, le droit industriel et bientôt, nous l'espérons, la législation sur l'assistance publique. Le décret du 1er août 1905 a créé, en vue de la licence en droit, un enseignement spécial du droit industriel et de la législation financière (*J. off.*, 3 août 1905).

La dernière subdivision du droit public correspond à la fonction juridictionnelle et comprend toutes les règles de droit s'appliquant aux rapports, nés entre l'Etat et une autre personne juridique, à l'occasion de la fonction juridictionnelle. Pour la nature de la fonction juridictionnelle, v. §§ 44-46. En France, par suite de l'organisation spéciale de la fonction juridictionnelle et de la compétence très étendue donnée en matière juridictionnelle à des fonctionnaires de l'ordre administratif, il se trouve qu'une bonne partie du droit juridictionnel, sous le nom de contentieux administratif, fait partie du droit administratif. Dans beaucoup de pays étrangers il en est de même (cf. § 55). Malgré cela, nous croyons qu'il est logique de faire rentrer dans une subdivision du droit public toutes les règles relatives aux rapports de l'Etat avec une autre personnalité, nés à l'occasion d'un acte de juridiction; on devrait logiquement appeler cette partie du droit public *droit juridictionnel*. Cependant cette expression n'est pas entrée encore dans l'usage. On en comprendra la raison en remarquant qu'en fait cette partie du droit public comprend toutes les règles qui s'appliquent à l'intervention de l'Etat jugeant en matière civile et

en matière pénale et qui forment deux grandes branches des législations modernes, le *droit de la procédure* et le *droit criminel*, tous les deux objet de disciplines et d'enseignements distincts, mais appartenant tous les deux logiquement au droit public.

On vient de voir que nous distinguons deux parties du droit public correspondant l'une à la fonction administrative, l'autre à la fonction juridictionnelle. On peut se demander pourquoi nous n'indiquons pas une troisième partie du droit public, qui correspondrait à la fonction législative et qui prendrait naturellement le nom de droit législatif. La raison en est simple. On verra en étudiant en détail la nature de la fonction législative (§§ 34-37) que l'Etat, quand il fait la loi, formule le droit objectif, c'est-à-dire une règle générale et abstraite, que par cet acte il n'entre pas en relation directe avec une autre personnalité juridique. Les rapports avec une personnalité distincte de l'Etat ne naissent que lorsque celui-ci, agissant dans les limites fixées par la loi, fait un acte administratif ou un acte juridictionnel. De là il résulte qu'il n'y a point un droit législatif formant une partie spéciale du droit public, puisque la loi ne fait pas naître de rapports proprement dits avec un tiers. Toutes les règles s'appliquant à l'Etat législateur rentrent donc dans le droit constitutionnel, qui comprend, on l'a vu, toutes les règles s'appliquant à l'Etat pris comme tel, considéré en quelque sorte isolément, sans relations avec les autres personnalités.

En déterminant le domaine et les divisions du droit public, nous avons jusqu'à présent uniquement considéré l'Etat. Mais, on l'a déjà dit, par suite de son activité croissante, celui-ci acquiert dans les pays modernes une structure de plus en plus compliquée. Dans tous les pays civilisés et particulièrement en France existent à côté de l'Etat, mais distinctes de lui, des personnes, en général personnes collectives, qui sont associées à sa mission. Ce sont ces personnes qu'on appelle personnes *publiques*.

On discute beaucoup la question de savoir quel criterium permet de distinguer les personnes collectives publiques et les personnes collectives privées. Il suffit de dire ici que les personnes publiques sont celles qui sont directement associées à une œuvre qui rentre dans ce qui est considéré, à un moment donné, comme formant obligatoirement la mission de l'Etat. Le criterium de distinction n'est pas fixe et absolu ; il varie suivant les temps et les pays et dépend essentiellement de la notion que l'on se forme à un moment donné de la mission obligatoire de l'Etat. En France, par

exemple, les personnes publiques sont d'abord les personnes correspondant à des divisions administratives, comme les départements, les communes, les colonies, puis toutes les personnes qui, sous le nom d'*établissements publics*, collaborent directement aux nombreuses tâches de l'Etat, notamment en matière financière, en matière d'assistance publique, d'enseignement, etc... L'idée de participation directe à la mission obligatoire de l'Etat sert précisément à distinguer en France l'établissement public de l'établissement d'*utilité publique*, qui n'est pas une personne publique au sens véritable du mot. V. la loi du 4 fév. 1901. —Cf. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, 1906, p. 200 et suiv.

Dans quelle situation ces personnes publiques sont-elles vis-à-vis de l'Etat? Faut-il y voir des *organes* de l'Etat au sens juridique du mot (v. § 50)? ou des mandataires de l'Etat? ou des concessionnaires des droits de l'Etat? Sur ces points, les conceptions sont très diverses. Mais quelle que soit la solution qu'on donne à ces questions, cela ne change rien à l'observation que nous voulons faire ici.

Les personnes publiques étant, par définition, associées à la mission de l'Etat considérée à un moment donné comme obligatoire pour lui, toutes les règles relatives à l'organisation intérieure de ces personnes, à leur situation à l'égard de l'Etat, aux obligations qui leur incombent, aux rapports qui naissent entre elles et d'autres personnes publiques ou privées, toutes ces règles font partie du droit public. Ainsi le droit public est bien en principe le droit de l'Etat; mais il est aussi le droit s'appliquant à toutes les personnes publiques, c'est-à-dire à toutes les personnes qui sont directement associées à la mission obligatoire de l'Etat. Cela est vrai pour toutes les parties du droit public que l'on vient d'indiquer et qui, toutes, contiennent des règles qui s'appliquent ou peuvent s'appliquer non seulement à l'Etat, mais aussi aux autres personnes publiques.

19. Le droit public et le droit privé. — On oppose toujours le droit *public* au droit *privé*, qui est l'ensemble des règles coutumières ou écrites s'appliquant aux rapports des personnes non publiques, individuelles ou collectives. Cette distinction du droit public et du droit privé est très exacte; elle est très

ancienne ; elle était déjà faite par les jurisconsultes romains (Ulpien, L. 1, § 2, *De justitia et jure*, I, 1 ; *Institutes*, I, I, 4). Lorsque l'accroissement considérable des matières juridiques a rendu nécessaire dans nos facultés de droit une division du doctorat en droit, on a eu parfaitement raison de faire cette division sur le principe de la distinction en droit public et en droit privé. De même quand, dans un avenir très prochain, on sera obligé de faire la division de la licence en droit (division que, à tort selon nous, n'a pas osé faire l'auteur du décret du 1er août 1905), on la fera assurément encore suivant la même distinction.

Cependant nous tenons à mettre le lecteur en garde contre une doctrine ou plutôt une tendance qui a aujourd'hui grand crédit : elle consiste à établir une séparation absolue, une sorte de mur infranchissable entre le droit public et le droit privé, à affirmer que des notions qui sont vraies dans les rapports des personnes privées, cessent d'être vraies quand on veut les appliquer à des rapports intéressant l'Etat ou une autre personne publique. On part de cette idée que le droit privé est un ensemble de règles qui s'appliquent à des personnes égales entre elles, et que ces règles ne sont plus applicables quand il s'agit de déterminer des rapports de droit public, parce que alors ces rapports naissent entre personnes inégales dont l'une, l'Etat ou une autre personne publique, exerce un droit supérieur, un droit de puissance sur l'autre.

Cette doctrine a un grand crédit en Allemagne. C'est elle qui inspire les ouvrages les plus estimés et les plus récents écrits sur le droit public, par exemple les livres de Gerber, de MM. Laband, Jellinek, Otto Mayer. Il est visible que la pensée de ces auteurs, en établissant cette séparation absolue entre le droit public et le droit privé, est d'édifier des constructions juridiques favorables à l'omnipotence du pouvoir central. La tendance est particulièrement visible dans le grand ouvrage de M. Laband sur le *Droit public de l'empire allemand*. Nous regrettons vivement que les représentants les plus distingués de l'école française soient entrés dans cette voie. L'idée d'une séparation absolue entre le droit public et le droit privé domine tout le traité de droit administratif de M. Hauriou;

elle est aussi dans les divers écrits de M. Michoud et particulièrement dans son très remarquable livre déjà cité sur la *Théorie de la personnalité morale*. Rap. Larnaude, *Rev. droit public*, 1902, I, p. 5.

Il y a là une idée fausse, ou du moins une idée dont l'application est exagérée et une tendance éminemment dangereuse. On dit souvent : l'esprit qui doit présider à l'étude du droit public n'est pas le même que celui qui doit inspirer l'étude du droit privé. En vérité nous ne comprenons pas ce que cela veut dire. Nous avions cru que l'esprit qu'on devait apporter à l'étude du droit, c'était l'esprit de justice. C'est assurément avec cet esprit qu'on doit étudier le droit privé. Veut-on dire que c'est avec un esprit différent que l'on doit étudier le droit public? Nous ne saurions le croire. On dit aussi que la méthode qu'on doit apporter à l'étude du droit public est différente de celle qui doit être appliquée à l'étude du droit privé. C'est là pour nous une proposition aussi inintelligible que la précédente. Le droit est une science sociale, et la méthode des sciences sociales est la méthode d'observation, qui doit se combiner avec le puissant élément d'investigation qu'est l'hypothèse déductive. Il y a longtemps que la vieille logique classique avait indiqué cette méthode comme celle applicable aux sciences qu'on appelait alors les sciences morales et politiques et que nous appelons aujourd'hui les sciences sociales. Si le nom a changé, la chose est restée la même; il n'y a qu'une seule méthode pour l'étude de toutes les sciences sociales, pour l'étude du droit public comme pour celle du droit privé. Si l'on applique deux méthodes différentes au droit privé ou au droit public, l'une est bonne, l'autre est mauvaise.

Mais on est allé plus loin et on a dit : les fondements mêmes du droit public et du droit privé sont différents. Nous avons d'avance fait justice de cette proposition. Assurément, dans la doctrine qui voit dans l'Etat la source exclusive du droit, on est obligé de dire que le droit privé a pour fondement l'*ordre*

adressé par l'Etat à des personnalités qui lui sont subordonnées, tandis que le droit public a pour unique fondement la limitation que l'Etat apporte par sa propre volonté à sa puissance propre. Ainsi en effet le droit public et le droit privé reposent sur un fondement différent. Mais nous croyons avoir fait justice de cette doctrine (v. § 16). Nous avons donné au droit pour fondement, soit, avec la doctrine individualiste consacrée par nos Déclarations, les droits individuels naturels de l'homme, soit, avec la doctrine qui a nos préférences, la solidarité sociale. La règle de droit, coutumière ou écrite, qu'elle soit une règle de droit public ou une règle de droit privé, s'impose à l'Etat et aux particuliers, aux personnes publiques ou aux personnes privées, ou bien avec la doctrine individualiste parce qu'elle tend à la protection des droits individuels, et que si elle limite les droits de chacun c'est dans l'intérêt des droits de tous; ou bien, avec la doctrine de la solidarité sociale, parce qu'elle tend à assurer le développement de cette solidarité. Dans les deux conceptions, la règle de droit public et la règle de droit privé reposent sur le même principe.

On a dit encore : le caractère de l'acte juridique public est totalement différent du caractère de l'acte juridique privé ; lorsqu'un acte juridique émane de l'Etat ou d'une personne publique, le sujet de droit ne peut jamais dépouiller entièrement le caractère de personne publique qui lui appartient et qui lui donne une supériorité sur la personne avec laquelle il entre en relation juridique. Ce caractère tout particulier, résultant de la nature même de la personne publique, apparaît, dit-on, surtout dans les actes unilatéraux dits actes d'autorité ou de puissance publique, où la situation de droit naît avant tout de la volonté supérieure de la personne publique et qui n'ont point et ne peuvent avoir leurs analogues dans le droit privé. Mais le caractère particulier apparaît même, ajoute-t-on, dans les contrats que fait l'Etat ou une personne publi-

que; ces contrats deviennent des contrats de droit public; on ne doit point leur appliquer les règles du droit privé. M. Hauriou en France, M. Laband, M. O. Mayer en Allemagne, parlent couramment des contrats de droit public.

Nous repoussons énergiquement ces propositions. L'acte juridique a une certaine nature qu'il s'agit de déterminer; mais nous ne concevons pas que cet acte puisse avoir une nature différente suivant la personne de laquelle il émane. L'acte juridique est une manifestation de volonté produisant un effet de droit parce qu'elle a lieu dans les limites fixées par la loi et en vue d'un but conforme à la loi : l'acte juridique a toujours ce caractère. Le contrat notamment a un certain caractère qu'il conserve toujours; et quand nous entendons parler de contrat de droit public, nous ne pouvons nous tenir de croire qu'il y a là une pure subtilité, pour justifier plus ou moins heureusement un privilège de juridiction ou autre attribué à la personne publique.

Mais, dit-on, il est bien des actes que l'on rencontre dans le droit public et qui n'ont point leurs correspondants dans le droit privé; ce sont les actes législatifs et réglementaires. Nous répondons qu'il n'est pas du tout certain que ces actes n'aient pas leurs correspondants dans le droit privé. M. Gierke, notamment, estime que l'acte d'une association, d'une société par lequel cette collectivité arrête ses statuts est un acte de même ordre que l'acte législatif émané d'un Etat. Mais sans insister sur ce point, nous dirons que l'acte législatif n'est pas un acte juridique à proprement parler, que par la loi l'Etat n'entre point en relation avec une personnalité déterminée et qu'on ne saurait tirer argument de cela pour dire que les actes juridiques du droit public ne sont pas de même nature que les actes juridiques du droit privé.

Enfin, dit-on parfois, il y a tout un élément de droit public qui n'a point son correspondant dans le droit privé, c'est ce que nous avons appelé le droit constitutionnel ou le droit organique (cf. § 18), c'est-à-dire l'ensemble des règles relatives à la vie interne de l'Etat, à son organisation. Cela non plus n'est pas exact. Evidemment, des règles de cet ordre n'ont pas leur raison d'être en ce qui concerne les personnes individuelles privées, mais si l'on réfléchit un instant, on s'aperçoit qu'il existe un droit constitutionnel, un droit organique pour toute personne collective privée comme publi-

que M. Gierke a pu écrire qu'en réalité on ne devrait point opposer le droit public et le droit privé, mais bien le droit *corporatif* et le droit *individuel*. Nous n'irons pas jusque là ; mais nous dirons que le droit constitutionnel est ce que le grand jurisconsulte appelle le droit corporatif, et qu'il y a un droit corporatif privé comme un droit corporatif public. Cf. Gierke, *Genossenschaftstheorie*, 1887.

Nous maintenons cependant cette distinction classique du droit public et du droit privé ; mais nous pensons qu'elle n'existe en réalité qu'au point de vue du mode de sanction du droit ; et, réduit à ce point, l'intérêt de la distinction reste considérable. L'Etat, par définition même, monopolise la puissance de contrainte existant dans un pays déterminé ; c'est pour cela qu'il peut assurer et qu'il doit assurer la sanction du droit, du droit qui s'applique à toute personnalité autre que lui. Mais le droit public est le droit de l'Etat ; il s'applique à l'Etat. Cela posé, on ne peut concevoir un mode de sanction direct du droit public s'exerçant contre l'Etat. Toutes les dispositions du droit public qui créent des obligations à la charge de l'Etat, ne peuvent être sanctionnées directement par la contrainte, puisque l'Etat, maître de la contrainte, ne peut pas l'exercer directement contre lui-même. Il résulte de là que les dispositions du droit constitutionnel, au sens large du mot expliqué précédemment, sont dépourvues de modes de sanction directe. Il n'en suit point, contrairement à ce qui a été dit quelquefois, que les règles du droit constitutionnel n'ont pas le caractère de véritables règles de droit. La sanction directe par la contrainte n'est pas nécessaire pour qu'une règle soit une règle de droit. Il y a règle de droit du moment où la violation de cette règle provoque une réaction sociale. Ihering lui-même déclare que pour qu'il y ait règle de droit, il suffit qu'il y ait une sanction résultant d'une contrainte psychologique (*Der Zweck im Rechte*, I, p. 368). Ce mode de sanction existe certainement pour les règles constitutionnelles, qui déterminent les obligations de l'Etat et fixent son organisation intérieure. Aussi ces règles

sont-elles certainement des règles de droit, bien qu'elles ne puissent être sanctionnées directement par la contrainte. A cause de cette impossibilité on a dû trouver des procédés pour réduire au minimum le danger de violation du droit constitutionnel par les hommes qui se trouvent investis, au nom de l'Etat, de la puissance publique. On étudiera plus tard les différents moyens qui ont été imaginés par l'art politique : séparation des pouvoirs ou des fonctions, création de hautes cours de justice. Mais quelque ingénieux que soient ces procédés, ils ne peuvent jamais assurer une sanction certaine du droit constitutionnel. C'est pourquoi on a eu raison de dire qu'il arrive toujours un moment où les constitutions n'ont d'autre sanction que la loyauté des hommes qui les appliquent.

Le droit public comprend aussi les règles de droit applicables aux rapports nés entre l'Etat et une autre personne juridique à la suite d'un acte administratif et d'un acte juridictionnel. Ici encore les règles du droit public prennent un caractère particulier uniquement des moyens qui pourront être employés pour assurer la réalisation de ces rapports de droit. Supposé que le rapport de droit implique une obligation à la charge de l'Etat, le sujet actif dans ce rapport de droit n'a pas de voie d'exécution forcée contre l'Etat ; il ne peut procéder à une exécution forcée qu'avec l'intervention de l'Etat; et celui-ci ne peut employer la contrainte matérielle contre lui-même. D'où la règle (qui exprime à la fois une proposition de droit et la constatation d'un fait) : Nul n'a de voie d'exécution forcée contre l'Etat. On a essayé de justifier cette règle de diverses manières, en disant par exemple que, l'Etat étant toujours honnête et solvable, on n'avait pas besoin de voie d'exécution forcée contre lui ; ou encore qu'il ne pouvait dépendre d'un particulier d'entraver le fonctionnement des services publics en employant des voies d'exécution contre l'Etat. Tout

cela est assurément exact. Mais l'essentiel est que, l'Etat monopolisant la contrainte, celle-ci ne peut être employée contre lui, et de ce fait la situation juridique dans laquelle l'Etat est sujet passif, acquiert un caractère particulier. Ainsi l'Etat est un sujet de droit; les actes administratifs et juridictionnels peuvent faire naître à sa charge des obligations juridiques; l'Etat est lié par le droit; mais il est évident que, par suite de sa nature même, ces obligations de l'Etat ne peuvent être ramenées à exécution contre lui par l'emploi de la force. L'Etat est obligé juridiquement; mais il n'exécute ses obligations que s'il le veut bien et comme il le veut. Ici encore il appartient à l'art politique de trouver la meilleure organisation des services publics, les meilleures garanties pour réduire au minimum le danger d'un refus d'exécution de la part des organes de l'Etat.

Si l'on suppose au contraire que l'Etat a le rôle actif dans un rapport de droit, une situation spéciale lui appartient encore du fait de sa nature même. Le particulier, qui veut ramener à exécution par la force un rapport de droit, dont il est bénéficiaire, doit s'adresser à l'Etat; et si l'existence ou l'étendue de ce rapport est contestée, l'emploi de la force pour l'exécution n'est possible que lorsque régulièrement une décision juridictionnelle, émanant de l'Etat, est intervenue, reconnaissant l'existence et l'étendue du dit rapport. L'Etat, bénéficiaire d'une situation de droit, et maître en même temps de la force matérielle pour la réaliser, pourra spontanément employer directement cette puissance de contraindre malgré les protestations du sujet passif. L'Etat, maître de la puissance de contraindre, a le privilège de l'exécution préalable. Il est l'Etat; son but est de réaliser le droit; et lorsqu'il prétend l'existence d'une situation juridique à son profit, il est parfaitement légitime de lui reconnaître le bénéfice de l'exécution préalable, ce que M. Hauriou appelle exactement le *bénéfice du préalable*.

Bien entendu on doit réserver à l'autre sujet du rapport le droit d'attaquer l'acte invoqué par l'Etat et même d'obtenir une indemnité pour exécution téméraire de la part des agents publics.

Pour les règles de droit public qui s'appliquent à des personnes publiques autres que l'Etat, ce que nous venons de dire n'est pas vrai. Ces personnes étant subordonnées à l'Etat, celui-ci peut évidemment employer des moyens de contrainte pour assurer de leur part l'observation du droit public. Mais ces moyens de contrainte revêtent un caractère tout particulier, qui rejaillit naturellement sur le caractère des règles de droit qui s'appliquent à ces personnes et sur les actes juridiques faits par elles. En effet, bien que ces personnes publiques soient des sujets de droit distincts de l'Etat, elles sont, par rapport à l'Etat, dans une situation particulière ; on a dit plus haut qu'elles étaient associées à la mission de l'Etat ; elles sont, suivant les systèmes divers proposés sur ce point, des organes juridiques des mandataires ou des concessionnaires de l'Etat; c'est d'après le rapport de droit qui existe entre elles et l'Etat, que celui-ci intervient pour leur imposer l'application du droit. De ce chef encore, la sanction du droit public se présente avec des caractères particuliers, puisqu'elle est assurée par le contrôle spécial que l'Etat exerce sur ces personnes publiques. De plus, comme elles sont directement associées à la mission obligatoire de l'Etat, d'une part on décide unanimement que les particuliers ne peuvent pas agir contre elles par les voies d'exécution forcée, et d'autre part on admet qu'elles ont le privilège du préalable. Ici encore la réalisation du droit public apparaît avec un caractère particulier.

En résumé on a raison de distinguer le droit public et le droit privé. Mais il ne faut point donner à cette distinction une portée qu'elle n'a pas. Le droit public et le droit privé doivent être étudiés avec le même esprit et la même méthode. Les lois de droit public et les lois de droit privé reposent sur le même fondement. Les actes juridiques de droit public et ceux de droit privé sont formés des mêmes éléments et ont au fond le même caractère. Mais la sanction du droit public et la sanction du droit privé ne peuvent exister dans les mêmes conditions ; la réalisation d'un rapport de droit public ne peut être obtenue de la même manière que celle d'un rapport de droit privé. En cela seulement consiste la différence (elle est d'ailleurs de premier ordre) entre le droit public et le droit privé.

PREMIÈRE PARTIE

THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ÉTAT

CHAPITRE PREMIER

LES ÉLÉMENTS DE L'ÉTAT

20. Principe de la théorie générale de l'Etat. — Les sources du droit constitutionnel français sont, non seulement les lois constitutionnelles de 1875 et de 1884, les lois politiques et administratives portées depuis 1871, mais encore au premier chef les Déclarations des droits, les constitutions et les lois politiques et administratives de la période révolutionnaire. Le législateur de cette période, législateur philosophe, dominé par l'esprit classique, croyant fermement à la valeur absolue de certains principes, ne s'est pas contenté de formuler des règles pratiques sur l'organisation de l'Etat, sur la constitution et les attributions de ses divers organes; mais il a encore posé en termes formels les principes d'une théorie juridique complète de l'Etat. Ces principes sont notamment inscrits dans la Déclaration des droits de 1789 et au titre I et au titre III (préamb.) de la constitution de 1791, qui sont comme le cathéchisme du droit politique de la France.

Ces dispositions ont-elles encore force législative positive? La Déclaration des droits de 1789 doit-elle être considérée comme étant encore en vigueur et comme s'imposant au législateur ordinaire? Les dispositions du titre I et du titre III (préamb.) de la constitution de 1791 ont-elles encore la valeur de règles constitutionnelles, de règles législatives ou simplement de règles coutumières? Toutes ces questions peuvent être discutées (cf. §§ 36, 37). A notre avis, la Déclaration des droits de 1789 est toujours en vigueur; et elle s'impose comme loi supérieure au législateur ordinaire qui, si l'on peut ainsi parler, ferait une loi contraire à la loi, en votant un texte contraire aux principes qu'édicte cette Déclaration. Quant aux dispositions principielles de la constitution de 1791, on ne saurait leur attribuer encore le caractère de règles constitutionnelles, parce qu'il paraît certain que toute constitution perd le caractère de loi constitutionnelle par la chute du régime politique qu'elle a établi; mais elles sont des dispositions législatives certainement encore en vigueur, ou du moins elles expriment des règles coutumières de notre droit public. Au reste, quelle que soit la solution qu'on donne sur ces différents points, il nous paraît incontestable que la théorie de l'Etat, définie et cohérente, qui découle de ces textes, est encore la théorie fondamentale sur laquelle repose tout le droit public français.

C'est en même temps, au moins pour les grandes lignes, la doctrine enseignée aujourd'hui à peu près unanimement par les théoriciens du droit public français et étrangers, dont on a déjà cité les noms, MM. Esmein, Hauriou, Berthélemy, en France, MM. Gerber, Laband, Jellinek, en Allemagne; M. Orlando, en Italie. C'est cette théorie générale de l'Etat que nous devons exposer ici.

Elle repose sur cette idée que l'Etat est un sujet de droit, nécessairement titulaire du droit subjectif de puissance publique, et pouvant être, étant presque

toujours en fait titulaire de droits subjectifs patrimoniaux. De plus, dans cette conception doctrinale, on affirme que tel qu'il est sorti de l'histoire et des faits, l'Etat moderne est la plus haute collectivité existant sur un territoire déterminé, en tant qu'elle est personnifiée et qu'elle possède des organes de direction, de gouvernement. Si l'Etat est la plus haute collectivité personnifiée existant sur un territoire donné, cette supériorité implique pour lui le pouvoir de commander aux personnes individuelles et collectives se trouvant sur ce territoire, de leur imposer sa volonté comme telle, parce qu'elle est sa volonté. Ce pouvoir de la collectivité personnifiée est ce qu'on est convenu d'appeler le *pouvoir souverain* ou *souveraineté*.

De tout cela résulte la proposition suivante, qui est le principe même de toute la théorie générale de l'Etat. L'Etat est un sujet de droit; il est constitué par quatre éléments : A. Une collectivité d'individus humains; B. Un territoire déterminé ; C. Une souveraineté; D. Un gouvernement. Nous renvoyons l'étude du gouvernement au chapitre III *Des organes de l'Etat;* il reste à étudier ici les trois autres éléments.

On fait observer que ce qui vient d'être dit explique très bien les quatre termes qu'on emploie souvent indifféremment pour désigner l'Etat. Le mot *nation* désigne l'Etat plus particulièrement au point de vue de la collectivité des individus ; le mot *pays,* l'Etat considéré plus particulièrement au point de vue de son territoire; le mot *puissance,* l'Etat considéré surtout au point de vue de sa souveraineté; et le mot *gouvernement,* l'Etat considéré spécialement au point de vue de ses organes dirigeants.

A. *La collectivité.*

21. La nation. — On a brièvement montré (§ 6) que les trois formes principales qu'ont dû revêtir, au cours des temps, les sociétés humaines, parvenues à un certain degré de civilisation, sont la famille, la cité et la nation. La nation moderne, forme générale des collectivités politiques, est en soi une agglomération

de cités, comme la cité a été une agglomération de familles. Mais cette conception de la nation moderne est, il faut le dire, plus schématique que réelle. Dans le fait, les nations modernes sont des formations sociales d'une infinie complexité et composées d'éléments, dont on doit mettre en relief les principaux. Elles sont sorties du monde antique par l'intermédiaire du régime féodal, qui pendant plusieurs siècle a régné dans toute l'Europe et a eu sur nos idées et nos institutions modernes une influence profonde, toujours persistante, souvent inaperçue. Les éléments du monde féodal, amalgamés et organisés sous l'empire de causes diverses, que nous n'avons pas à étudier, ont donné naissance, ou plus tôt ou plus tard, suivant les pays, à la nation moderne.

Mais quel est le facteur essentiel qui a produit et qui maintient le lien national? On a mis en avant la communauté d'autorité politique, la communauté de race et de langue, la communauté de croyance religieuse. Ces différents facteurs ont certainement agi soit ensemble, soit séparément, mais aucun n'était assez puissant pour créer à lui seul la solidarité nationale. Les faits le démontrent surabondamment.

Assurément, la réunion d'un certain nombre d'hommes ou de groupes sous une même puissance politique peut être un élément de solidarité nationale; mais il y a des exemples nombreux de formation nationale unissant des hommes qui n'étaient point soumis à la même puissance politique et l'unité nationale a souvent persisté, bien que la communauté politique ait été brisée. N'y avait-il pas, par exemple, une nation italienne avant que l'Italie tout entière eût été réunie sous le sceptre de la maison de Savoie? La nation polonaise a-t-elle disparu au jour du dernier partage de la Pologne? L'Irlande et la Lorraine sont-elles devenues parties intégrantes de l'Angleterre et de l'Allemagne par le fait seul de la conquête? Existe-t-il une solidarité nationale unissant les populations diverses groupées sous le sceptre de l'empereur d'Autriche? Y a-t-il une nation autrichienne? Cependant il est certain que la subordination à une autorité politique commune a pu, à certains moments, hâter la formation de l'unité nationale. La monarchie française, en réunissant sous son autorité les anciennes provinces, la Révolution et l'Empire, en leur donnant un droit unifié et une administration

centralisée, ont puissamment renforcé le lien national. Mais il n'y a là cependant, à tout prendre, qu'un facteur d'ordre secondaire.

Il en est de même de la communauté de race et de langue. Tous les hommes, a-t-on dit, parlant la même langue, appartiennent à la même race et doivent former une même nation subordonnée à une seule puissance politique. Affirmation souvent invoquée au XIXe siècle et encore aujourd'hui, sous le nom de *principe des nationalités*, pour justifier telle ou telle politique, telle ou telle revendication, mais qui n'a rien de scientifique. En fait, cette prétendue communauté de race n'est jamais établie ; et il existe des nations fortement intégrées, qui n'ont assurément ni la même origine ethnique, ni la même langue. S'il y eut jamais une nation unifiée, c'est assurément la nôtre. Et cependant y a-t-il une race française ? La population de notre pays n'est-elle pas un amalgame des races les plus diverses ? Dira-t-on qu'il n'y a pas de nation américaine, parce qu'il n'y a pas de race américaine et que les Etats-Unis sont peuplés des représentants de toutes les nations européennes et même des hordes africaines ? La petite nation suisse n'est-elle pas un type national complet, bien que trois langues au moins se partagent ses cantons ? La communauté de race et de langue peut contribuer à l'établissement national ; leur diversité peut le retarder ; elle ne l'empêche pas nécessairement, et seule la communauté de race et de langue serait impuissante à le créer. Même observation pour la religion, qui a été dans la cité antique un facteur de premier ordre, mais qui, de nos jours, avec l'affaiblissement du sentiment religieux, est, nous le croyons, un élément tout à fait secondaire.

Enfin la politique d'annexion et de conquête a souvent invoqué, pour justifier ses prétentions, le principe des limites naturelles. M. Albert Sorel (*La Révolution française et l'Europe*, 8 vol., 1883-1904, spécialement la 4e partie) a supérieurement montré que l'idée des limites naturelles de la France, les Alpes et le Rhin, avait été la grande idée directrice de la politique étrangère de nos rois, de la Révolution et de l'empire. Et cependant cette idée ne répond à rien de réel. La configuration du territoire a certainement facilité certaines formations nationales ; mais bien souvent aussi les groupements nationaux ne coïncident pas avec les limites géographiques. L'Espagne et le Portugal, la Suède et la Norwège en sont des exemples frappants. Les populations de la Belgique et de la rive gauche allemande du Rhin ne peuvent être considérées à aucun titre comme se rattachant par un lien quelconque à la nation française, et le canton suisse du Tessin est partie intégrante de la nation helvétique, quoiqu'il en soit séparé par le massif du Saint-Gothard.

Communauté d'autorité politique, de droit, de langue, de religion, limites naturelles, ce ne sont là que des éléments secondaires. L'élément essentiel de l'unité nationale, il faut le chercher dans la communauté de

traditions, de besoins et d'aspirations. L'humanité, a-t-on dit, est faite de plus de morts que de vivants; la nation est faite elle aussi de plus de morts que de vivants. Le souvenir des luttes entreprises, des triomphes remportés et surtout des défaites subies en commun a contribué puissamment à créer et à préciser la conscience de la solidarité nationale. Pour ne citer qu'un fait, la guerre de Cent Ans et les souvenirs ineffaçables qu'elle a laissés dans les consciences françaises ont été une des causes les plus actives de la formation du sentiment national. La communauté des traditions a joué dans tous les pays un rôle capital, et en ce sens on a dit, très justement, que la nation était une formation historique. Cf. Renan, *Qu'est-ce qu'une nation?* dans *Discours et conférences*, p. 307.

La communauté des aspirations et des besoins présents, le sentiment du rôle que les hommes d'une même nation doivent jouer en commun dans le monde, le besoin de défendre un patrimoine commun d'idées, de richesses intellectuelles et matérielles, tout cela maintient et accroît chaque jour la cohésion nationale. D'autre part, les membres d'une même nation sont particulièrement unis entre eux par les liens de la solidarité par division du travail; car, étant plus près les uns des autres, ils échangent naturellement plus fréquemment et plus facilement les services qu'ils peuvent se rendre à cause de leurs aptitudes différentes.

La nation, forme générale actuelle des collectivités politiques, n'exclut pas cependant le maintien des formes sociales antérieures, la famille et la cité. Le membre de la nation peut être aussi encadré dans une famille et une cité. Mais qu'on le regrette ou non, on est obligé de reconnaître que dans la nation moderne, la famille, en tant que groupe social, est en train de se désagréger, et que la commune moderne, pour des raisons qu'il n'y a pas lieu de rechercher, est impuissante à fonder des groupements cohérents

et forts au sein de la nation. Mais en même temps se forment d'autres groupements. Les corporations professionnelles encadrent les hommes dans une nouvelle hiérarchie sociale. La formation, au sein de la nation moderne et particulièrement au sein de la nation française, de groupements fondés sur la communauté des intérêts professionnels, industriels, commerciaux, des travaux scientifiques, des œuvres artistiques, littéraires ou autres et aussi sur les promesses d'assistance mutuelle, est incontestablement le fait social le plus saillant de ces trente dernières années. Le législateur n'a pu le négliger, et ses lois, comme les lois de 1884 sur les syndicats professionnels, de 1898 sur les sociétés de secours mutuels, de 1901 sur les associations en général, la nouvelle loi annoncée sur les syndicats professionnels, provoquées par le mouvement *associationniste,* le favorisent par un effet en retour, le dirigent et lui donnent un relief particulièrement frappant.

Ces associations, ainsi formées dans le sein de la nation, ne compromettent point, bien au contraire, l'unité nationale. Ç'a été la grande erreur de la Révolution de croire que l'unité nationale était incompatible avec les associations de citoyens appartenant aux mêmes état et profession, et la loi Le Chapelier (14 juin 1791), qui peut-être à cette époque pouvait se justifier, a été en quelque sorte abrogée par les faits avant de l'être par le législateur. L'homme moderne, membre de la nation, se trouve ainsi uni aux autres membres de la même nation par des liens infiniment complexes : similitude générale des traditions, des aspirations et des besoins, diversité des aptitudes et des intérêts, échanges réciproques de services fondés sur les différences des besoins et des aptitudes. Cette multiplicité et cette complexité des liens sociaux iront sans aucun doute en s'accroissant et, par là même, l'homme deviendra plus homme en devenant plus social. Cf. Boncourt, *Le fédéralisme*

économique, 1899; — Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, chap. I.

Au moment où nous écrivons ces lignes, une polémique très vive est engagée entre publicistes et hommes politiques sur l'idée de patrie. Elle a eu pour point de départ la propagande des *pacifistes* en vue de la suppression de la guerre, et les déclarations tapageuses de M. Hervé niant l'idée de patrie et prêchant la grève des militaires au cas de guerre (cf. son livre intitulé : *Leur patrie*, 1905). De nombreuses polémiques de presse ont eu lieu pendant toute l'année 1905. V. les articles de M. Clémenceau dans *l'Aurore*, et de M. Jaurès dans *l'Humanité*, l'article de M. Goblet jetant un cri d'alarme dans la *Revue politique et parlementaire*, avril 1905. Ces idées pacifistes paraissent avoir pénétré dans le corps des instituteurs. Cf. l'ordre du jour voté à Lille, 1er septembre 1905, dans *Le Temps*, 2 septembre, qui semble faire de la patrie une chose subsidiaire. Rap. l'ordre du jour voté le 7 septembre 1905 sur la proposition de M. Buisson par le Congrès de la libre pensée (*Le Temps*, 9 septembre 1905). A la suite de la publication au mois d'octobre, sous l'inspiration de la Bourse du travail de Paris, de brochures et d'affiches antimilitaristes, une interpellation a été adressée au ministère « sur l'incessante propagande internationaliste ou antimilitariste des bourses du travail ». Cette interpellation a provoqué une longue discussion, qui a occupé les séances des 27 novembre, 1er décembre, 8 décembre et 15 décembre 1905, 19 janvier 1906. Nous citerons particulièrement les discours de M. Deschanel dans la séance du 27 novembre, de M. Sembat dans la séance du 8 décembre poussant à l'extrême la théorie antipatriote, et de M. Jaurès, séances des 8 et 15 décembre, essayant de concilier l'internationalisme et le patriotisme, et les déclarations très nettes de M. Rouvier, président du conseil dans la 2e séance du 4 décembre 1905 : « Je n'ai pas à revenir sur les déclarations maintes fois faites dans toutes les circonstances où les membres quelconques du cabinet ont eu à s'expliquer sur ces questions, aussi bien en dehors de cette enceinte qu'à cette tribune. Ces doctrines antimilitaristes, le gouvernement les répudie, et il est sûr en cela d'être l'organe de l'immense majorité de la représentation nationale. » (*J. off., Débats parlement.*, Chambre, 1905, p. 3694). — Cf. la déclaration ministérielle lue aux Chambres le 12 juin 1906.

En nous plaçant au point de vue purement scientifique, et en mettant par conséquent de côté toute préoccupation de politique électorale, tout intérêt de parti, toute considération sentimentale, nous dirons : en fait, au stade d'évolution auquel sont parvenues les sociétés modernes, la solidarité nationale est la forme par excellence de la solidarité sociale ; par conséquent si l'homme veut vivre, il ne peut vivre que dans la nation, parce que la vie sociale est la condition de la vie individuelle. Affirmer la prédominance de l'idée de patrie, c'est affirmer un fait auquel est attachée l'existence

même des hommes modernes. Maintenant la forme nationale est-elle la dernière forme des groupements humains ? L'idée de patrie n'est-elle pas destinée à disparaître, comme beaucoup d'idées, qui ont rempli le monde à un certain moment? La nation fera-t-elle place un jour à un groupement plus large, plus compréhensif? C'est possible, c'est même très probable. Mais quand, comment cette transformation se produira-t-elle ? Nul ne le sait, et il faut se garder de faire le prophète. Il n'y a pas de plus sot ni de plus dangereux métier.

22. La nation élément subjectif de l'Etat. — Dans une formule employée surtout par les auteurs allemands, on dit que la nation est à la fois un élément *subjectif* et un élément *objectif* de l'Etat. On veut dire par là que la nation est d'abord un élément de la personnalité juridique de l'Etat, c'est-à-dire un élément constitutif de l'Etat conçu comme sujet de droit ; et que d'autre part la nation est aussi objet du droit de puissance, qui appartient à l'Etat, sujet de droit. Que la nation soit un élément subjectif de l'Etat, c'est le point essentiel de la théorie française, et c'est aussi le point essentiel de la théorie dominante dans la science moderne.

Mais il ne nous semble pas vrai de dire que la nation soit aussi objet de la puissance publique. En effet, cette puissance publique ne s'exerce pas à vrai dire sur la nation prise comme telle, mais sur les individus qui composent la nation. Le postulat, aujourd'hui à peu près unanimement admis, est celui de l'entité nationale. Or, incontestablement, ce n'est pas sur cette entité que s'exerce la puissance publique, mais bien sur les individus pris séparément. L'observation a son importance. D'abord on ne comprend pas très bien comment logiquement la nation prise comme entité pourrait être en même temps objet de la puissance publique et élément constitutif du sujet titulaire de cette puissance.

D'autre part la puissance publique de l'État s'exerce sur beaucoup d'individus qui ne font pas partie de la nation considérée. On ne peut dire que la nation comme telle soit objet de la puissance publique,

puisque la somme des individus, sur lesquels s'exerce cette puissance, ne coïncide pas avec la somme des individus composant la nation. Chacun sait notamment que tout État exerce des droits de puissance, qui peuvent varier suivant les pays, mais qui sont partout reconnus, sur tous les individus, même n'étant pas ses nationaux, qui se trouvent sur son territoire. D'autre part beaucoup d'individus peuvent être et sont en fait sujets d'un pays sans être nationaux de ce pays. En considérant particulièrement la France, tous les indigènes des colonies sont sujets, mais non citoyens français, tant que le caractère de citoyens ne leur a pas été expressément reconnu, suivant certaines règles spéciales déterminées par notre législation coloniale. Il y a donc là une quantité considérable d'individus, qui sont subordonnés à la puissance publique française, mais qui ne font point partie de la nation française. Quant aux habitants des pays de protectorat, ils ne sont certainement pas même Français, et cependant ils sont subordonnés, en une mesure variable d'ailleurs, à la puissance française.

Cf. Giraud, *Législation coloniale*, 2 vol., 2e édit. 1903 et 1905; — Despagnet, *Les protectorats*, 1896.

Ainsi, dans la plupart des grands États modernes, il y a des populations qui sont distinctes de la nation proprement dite, qui sont soumises à la puissance de l'État, mais qui ne concourent point à former la personnalité juridique de l'État. Cela permet d'écarter une objection parfois faite à la théorie de l'État exposée ici. Dans beaucoup d'États, dit-on, le peuple se compose de populations diverses, qui certainement ne forment pas une nation, et par conséquent on ne peut pas prétendre que la nation soit un élément constitutif général de l'État. On répond à cela que, malgré la diversité des populations soumises à une même puissance politique, il peut exister un noyau central de population, qui forme une nation unifiée, et que l'existence de cette nation est indispensable pour qu'il y ait un État; que si par exemple on considère la France, la nation française forme le *substratum* de l'État français sujet de droit; et les populations distinctes de la nation française ne concourent pas à la formation de l'unité subjective de l'État français. Ces populations sont simplement l'objet d'une puissance dont le titulaire est l'État français.

La nation française, au contraire, prise telle quelle,

constitue un élément de la personnalité de l'Etat français. L'Etat français est la corporation nationale, en tant qu'elle est investie de la souveraineté. On verra plus loin (§§ 24-27) quel rôle joue le territoire à côté de la nation. Mais ici se pose cette question capitale : la nation étant le *substratum* de la personnalité juridique de l'Etat, a-t-elle prise en elle-même une personnalité distincte de celle de l'Etat et possède-t-elle des droits supérieurs et antérieurs à ceux de l'Etat?

Dans la doctrine française, telle qu'elle ressort des textes des Déclarations des droits et des constitutions de l'époque révolutionnaire, la réponse à cette question ne peut faire de doute. La théorie française peut ainsi se résumer : la nation est une personne distincte de l'Etat, comme elle est distincte des individus qui la composent; elle est titulaire de la souveraineté originaire par cela seul qu'elle est la collectivité et qu'elle est la volonté générale, supérieure comme telle aux volontés individuelles. Cette volonté générale est la volonté souveraine. La nation personne possède la souveraineté originaire, une, indivisible et inaliénable. Les textes qui consacrent ce principe sont : l'art. 3 de la Déclaration de 1789 : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément »; l'art. 1er du titre III, préamb. de la constitution de 1791 : « La souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la nation; aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice »; l'art. 25 de la Déclaration des droits de 1793 : « La souveraineté réside dans le peuple; elle est une et indivisible, imprescriptible et inaliénable »; l'art. 7 de la Constitution de 1793; les art. 17 et 18 de la Déclaration des droits de l'an III; l'art. 2 de la constitution de l'an III; les art. 1 et 18 de la constitution de 1848, la résolution du 17 février 1871 et le préambule de la loi du 31 août 1871. On a montré dans l'introduction (§ 11)

les grandes lignes de l'évolution historique de laquelle est sortie cette théorie.

La nation personnifiée est donc titulaire de la souveraineté dans son essence. Elle ne peut point l'aliéner, parce qu'en le faisant, elle s'aliénerait elle-même. Mais peut-elle, en retenant l'essence de la souveraineté, déléguer cette souveraineté à des gouvernants mandataires, qui l'exerceront par représentation ? Sur ce point, nos textes constitutionnels ne sont plus unanimes. La constitution de 1793, sans le dire expressément, avait écarté cependant l'idée de la représentation et ses auteurs, s'inspirant surtout de J.-J. Rousseau, étaient dominés par l'idée que la souveraineté ne peut pas plus être représentée qu'elle ne peut être aliénée. A cause de cela, ils avaient fait une large part au gouvernement direct (cf. § 51). Au contraire, la constitution de 1791 avait posé le principe de la représentation : « La nation, de qui seule émane tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. La constitution française est représentative ; les représentants sont le corps législatif et le roi » (tit. III, préamb., art. 2). Le même principe a été adopté explicitement ou implicitement par les constitutions de l'an III, de 1848, la loi du 20 novembre 1873 sur le pouvoir exécutif (loi dite du *septennat*) et les lois constitutionnelles de 1875. Mais suivant les idées qui ont inspiré ces textes et qui sont encore dominantes dans la doctrine française, par la représentation la nation ne délègue que les prérogatives de la souveraineté ; elle en conserve la substance.

On verra plus loin ce qu'il faut penser de la théorie ainsi comprise de la représentation politique (§ 52). On a montré aussi précédemment (§ 12) les graves objections auxquelles se heurte la conception de la souveraineté nationale. Il n'y a pas à y revenir ; nous la prenons ici comme une institution positive du droit français et comme un postulat de la doctrine juridique.

A cette conception de la nation-personne, certains publicistes opposent un théorie que l'on peut appeler théorie de la nation-organe. Elle est exposée surtout par M. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2[e] édit., 1905, p. 409 et p. 566. — Rapp. Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle,* 1899, II, p. 67 et suiv.; — Orlando, *Revue du droit public*, 1891, I, p. 1; — Gierke, *Genossenschaftstheorie*, 1887, p. 689 et *Jahrbücher* de Schmoller, 1883, p. 1882. Les auteurs précités partent de l'idée que considérer la nation comme une personne titulaire de la souveraineté primaire, c'est créer une *dualité* dans l'Etat et c'est ruiner toute théorie juridique de l'Etat. Dès lors, ils affirment que l'Etat seul est titulaire de la souveraineté, que l'Etat est une collectivité corporative territoriale investie d'un droit de puissance, que le peuple, coordonné à l'effet de former un élément constitutif de l'Etat, sujet de droit, n'a point un droit distinct de celui de l'Etat et antérieur à lui, que l'Etat seul est sujet du droit de puissance et que c'est une erreur de parler, comme le font les auteurs français, de la souveraineté originaire de la nation.

On ajoute que si la nation n'est pas un sujet de droit distinct de l'Etat, elle est un organe de l'Etat (cf. § 50, théorie de l'organe juridique). Dans les pays démocratiques, comme la France, la nation est organe direct primaire, en ce sens qu'elle prend sa qualité d'organe directement dans la constitution même de la collectivité et qu'il n'y a personne dans l'Etat à qui elle soit subordonnée en sa qualité d'organe. Elle est organe suprême parce que réside en elle l'activité même de l'Etat et que, la nation disparaissant comme organe, l'Etat lui-même disparaîtrait ou subirait une transformation radicale. C'est ainsi qu'on peut dire que la nation, conçue comme organe, est un élément constitutif de l'Etat. Mais si la nation est simplement un organe de l'Etat, il faut lui appliquer la théorie de l'organe. L'organe ne fait qu'un avec la collectivité dont il est l'organe; la nation ne fait qu'un avec l'Etat dont elle est l'organe; la nation n'est donc point une personne distincte de l'Etat; elle est un instrument de vouloir et d'agir de l'Etat; elle exerce des droits de puissance dont le seul titulaire est l'Etat. La nation, simple organe de l'Etat, n'a d'autre compétence que celle que lui attribue la constitution, et cette compétence varie suivant les pays. Tantôt la nation est organe pour décider, ayant même quelquefois, comme en Suisse, un droit d'initiative; tantôt elle est organe pour sanctionner, par exemple dans les pays qui pratiquent le referendum populaire; le plus souvent dans les pays modernes, comme en France, elle est seulement organe pour élire; les organes qu'elle institue prennent alors le nom, inexact d'ailleurs, d'organes représentatifs (cf. §§ 52 et 53).

Cette théorie de la nation-organe n'est qu'une application de la théorie très ingénieuse de l'organe juridique; mais elle se heurte à de graves objections. D'abord, elle contient en elle-même une contradiction. D'une part on affirme que la nation comme telle est le

substratum de l'Etat; d'autre part on dit qu'elle est organe de l'Etat; mais pour cela il faut qu'elle ait elle-même des organes, car comme telle elle est incapable de vouloir et d'agir. Dès lors apparaissent en quelque sorte deux nations : la nation comme telle élément constitutif de l'Etat, et la nation munie d'organes, organe elle-même de l'Etat. D'autre part la théorie de la nation-organe aboutit en réalité à la personnification de la nation. Un individu comme tel peut être organe d'une corporation; mais une collectivité ne peut être organe d'une corporation qu'à la condition qu'elle soit une personne collective elle-même organisée. Par conséquent, la nation ne peut-être organe de l'Etat qu'à la condition qu'elle soit une personne collective organisée, et nous voilà revenus à la personnification de la nation.

23. Situation des individus membres de la nation. L'électorat. — La nation personnifiée étant titulaire de la souveraineté primaire, en résulte-t-il, pour tous les individus, membres de la nation, le droit de participer sous une forme ou sous une autre à la puissance publique? La question est célèbre. Comme le plus habituellement aujourd'hui la participation à la puissance publique a lieu sous la forme de participation à une élection, la question est posée habituellement sous la forme suivante : L'électorat est-il un droit ou une fonction?

Du principe de la souveraineté nationale, il ne résulte point nécessairement et logiquement que les membres de la nation, pris individuellement, aient un droit quelconque de participer à la puissance publique. En effet la nation en corps est une personne distincte des individus qui la composent; c'est elle qui est titulaire de la souveraineté et point les individus; par conséquent les individus n'ont comme tels aucune part de la souveraineté; et ils n'ont aucun droit comme tels de participer à la puissance publique. Le législateur doit déterminer les conditions les plus favorables pour dégager la volonté nationale, et désigner les personnes qui seront chargées d'exprimer cette volonté. On peut leur donner le nom d'*électeurs;* et ainsi l'électorat est une *fonction,* la fonction créée par la constitution et qui consiste à dégager la volonté nationale.

Telle est en réalité la conséquence qui dérive logiquement du principe de la souveraineté nationale.

Mais une pareille conséquence ne pouvait donner satisfaction aux tendances démocratiques, qui ont rempli tout le XIX[e] siècle et qui ont aboutit dès 1848 à l'établissement en France du suffrage universel direct et égalitaire, et dans les pays étrangers ou bien au suffrage universel ou bien à l'extension chaque jour plus grande du suffrage. De là l'incertitude, les tâtonnements de notre législation positive et de la doctrine française et étrangère relativement à la nature de l'électorat.

Du principe que la souveraineté réside dans la collectivité, J.-J. Rousseau, par une contradiction certaine, tirait cette conséquence que tout individu membre de la collectivité possède comme tel un droit intangible de participer à l'exercice de la souveraineté. « J'aurais, dit Rousseau, bien des réflexions à faire sur le droit de voter dans tout acte de souveraineté, droit que rien ne peut ôter aux citoyens ». Et encore : « Supposons que l'Etat soit composé de 10.000 citoyens. Le souverain ne peut être considéré que collectivement et en corps; mais chaque particulier en qualité de sujet est considéré comme individu. Ainsi le souverain est au sujet comme 10.000 est à un, c'est-à-dire que chaque membre de l'Etat n'a pour sa part que la 10.000[e] partie de l'autorité souveraine » (*Contrat social,* liv. IV, chap. I, et liv. III, chap. I). — Il saute aux yeux que cette solution est contradictoire avec la doctrine de la souveraineté une et indivisible de la collectivité, développée au *Contrat social.* Avec le raisonnement de J.-J. Rousseau, on arrive non seulement au suffrage universel, mais au suffrage universel égalitaire; tous les membres de la nation doivent avoir un droit égal de participer à l'exercice de la puissance publique.

L'Assemblée nationale de 1789, tout en proclamant à la suite de Rousseau le dogme de la souveraineté nationale, plus logique que lui, ne crut point que cela impliquât nécessairement la participation *active* de tous les membres de la nation à la puissance publique. On ne doit considérer que la volonté de la nation *une,* comme personne, et non point la volonté de l'électeur; celui-ci n'est qu'un fonctionnaire chargé de dégager cette volonté de la nation. Tous les membres de la nation n'ont donc point comme tels le droit

électoral, et c'est au législateur constituant à déterminer les conditions que l'individu doit réunir pour pouvoir exercer la fonction électorale.

L'idée a été très nettement exprimée par les orateurs les plus qualifiés de l'Assemblée. Thouret, dans la séance du 11 août 1791 : « La qualité d'électeur est fondée sur une *commission publique*, dont la puissance publique du pays a le droit de régler la délégation ». Le texte définitif de la constitution de 1791 fut voté, on le sait, sur le rapport général de Thouret. Dans la même séance du 11 août 1791, Barnave disait : « La qualité d'électeur n'est qu'une *fonction publique*, à laquelle personne n'a *droit*, que la société dispense ainsi que le lui prescrit son intérêt; la fonction d'électeur n'est pas un droit. » (*Archives parlem.*, 1re série, XXIX, p. 356 et 366).

L'idée dominante à l'Assemblée de 1789 est bien que l'électorat n'est pas un droit, mais une fonction. Il faut ajouter que dans la pensée de l'Assemblée cette idée se combine avec celle du droit de citoyen. A tout individu vivant en société on reconnaît un droit individuel, supérieur à toute loi positive, s'imposant au législateur, le droit de citoyen. Ce n'est point le droit de voter; c'est le droit d'être reconnu comme partie composante de la nation, seule titulaire de la puissance publique ; et le citoyen ne peut voter que si le législateur lui a conféré cette fonction. Finalement le citoyen électeur est à la fois titulaire d'un droit et investi d'une fonction : le droit, c'est le droit qui lui appartient, avant toute loi, comme membre de la nation française ; la fonction, c'est la fonction électorale qui consiste à participer à l'expression de la volonté nationale et qui lui est conférée par la loi.

Cette combinaison, faite par l'Assemblée nationale, du droit de citoyen et de la fonction électorale, ressort très nettement de nombreux textes. Elle n'est autre chose que la distinction faite en 1789-91 entre les citoyens *actifs* et les citoyens *passifs*. Tous les Français sont citoyens *passifs* : voilà le droit. Quelques-uns, qui réunissent certaines conditions, votent soit dans les assemblées primaires, soit dans les assemblées électorales ; ils sont citoyens *actifs*, électeurs : voilà la fonction. Pour bien saisir la pensée de l'Assemblée, qu'on rapproche d'une part les art. 2 et 6 du titre II de la constitution de 1791, qui déclarent que tous les Français sont citoyens, et d'autre part les art. 1 et 2 de la section II du chapitre I,

du titre III, qui déclarent que les citoyens actifs se réuniront pour former l'assemblée nationale législative et déterminent les conditions exigées pour être citoyen actif.

Ne pourrait-on pas opposer l'art. 6 de la Déclaration des droits : « La loi est l'expression de la volonté générale. *Tous les citoyens ont le droit* de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation » ? N'est-ce pas l'affirmation que tous les citoyens ont le droit, supérieur à la loi elle-même, de participer à la puissance publique ? La contradiction n'est qu'apparente. La pensée de l'Assemblée est celle-ci : la loi est l'expression de la volonté collective, c'est-à-dire la volonté de la nation personnifiée ; tous participent à la formation de cette volonté collective, à la formation de la loi, puisque tous sont citoyens, c'est-à-dire parties composantes de la nation, et les électeurs expriment bien la volonté de tous, puisqu'ils sont agents investis par la loi de la fonction d'exprimer cette volonté.

A la Convention, les idées de J.-J. Rousseau triomphent et le droit électoral de tout citoyen est affirmé comme conséquence nécessaire du principe de la souveraineté nationale. L'art. 27 de la Déclaration des droits girondine, votée par la Convention, porte : « Elle (la souveraineté) réside essentiellement dans le peuple entier et chaque citoyen a un *droit égal* de concourir à son exercice ». Même solution dans la Constitution montagnarde de 1793. L'électorat est un droit, n'est qu'un droit, se confond avec le droit de citoyen ; tout homme né et domicilié en France, âgé de 21 ans, est citoyen ; tout citoyen est électeur et a le droit de prendre part au *referendum* législatif (Const. de 1793, art. 4, 7, 8 et 11). Cependant, la Convention n'établit point le suffrage des femmes ; elle n'était pas logique avec elle-même. On sait que la constitution de 1793, quoique votée par la Convention et approuvée par le peuple, ne fut jamais appliquée. Avec la constitution de l'an III, la Convention revient au système de 1791. Sa pensée reste cependant un peu flottante. A prendre la lettre des art. 8 et 17 de la constitution, il semble que tout citoyen est électeur et que quiconque n'est pas électeur n'est pas citoyen. Mais, en réalité, on reproduit le système de 1791 : tout Français est citoyen ; mais l'électorat est une fonction dont le

citoyen n'est investi que sous certaines conditions spéciales.

Pendant le Consulat et le premier Empire, l'électorat n'existe à vrai dire plus, car malgré leur nom les collèges électoraux du sénatus-consulte de thermidor an X font plutôt des présentations que des élections. La Restauration et le gouvernement de Juillet reviennent au suffrage effectif et direct, mais limité par un cens élevé. D'après les lois électorales des 5 février 1817, 29 juin 1820 et 10 avril 1831, l'électorat est essentiellement une fonction ; le mot citoyen lui-même disparaît des lois électorales ; l'électeur est un fonctionnaire, n'est qu'un fonctionnaire et la loi est considérée comme souverainement compétente pour déterminer les conditions qui ouvrent l'accès de cette fonction.

Le décret du gouvernement provisoire du 5 mars 1848 établit le suffrage direct, universel et égalitaire. La constitution de 1848 (art. 1, 18, 23, 24 et 25) en fait un principe constitutionnel ; et la loi du 15 mars 1849 l'organise et le réglemente. Ces lois forment le point de départ de toute la législation électorale encore en vigueur. Quel est, dans cette législation, le caractère de l'électorat? Nous croyons qu'il est resté ce qu'il était en 1791, à la fois un droit et une fonction. Quand on lit les discussions de 1848, on est frappé par la similitude des pensées, des principes, des raisonnements, des formules en 1789-91 et en 1848. Comme au début de la Révolution, on reconnaît le droit de cité à tous les Français, mais on accorde l'électorat dans des conditions très larges. Cependant l'électorat n'est point considéré comme un droit inhérent à la qualité de Français et accordé à tous sans distinction. Il n'est point donné aux femmes ; et l'art. 28 de la constitution de 1848 porte que la loi électorale déterminera les causes qui peuvent priver un Français du droit d'élire et d'être élu. L'électorat n'est donc point un droit inhérent à la qualité de

Français, il reste une commission accordée par la loi au citoyen français. Rien dans les lois postérieures (décret-loi du 2 février 1852, loi du 30 novembre 1875) ne vient contredire cette conception.

Notre conclusion sera donc celle-ci : Dans la conception française, cadrant au reste parfaitement avec la théorie de la nation-personne, l'électeur est à la fois titulaire d'un droit et investi d'une fonction ; l'électorat est en même temps un droit et une fonction. Le droit est le droit à la reconnaissance de la qualité de citoyen, droit qui entraîne le pouvoir de voter, si la qualité de citoyen est accompagnée des autres qualités exigées par la loi positive pour pouvoir voter. La fonction est le pouvoir conféré à un certain individu, investi de la qualité de citoyen, d'exercer une certaine fonction publique qui s'appelle le vote.

La conséquence principale qui résulte de ce que l'électorat est fonction, c'est que l'électeur est *obligé* de voter comme tout fonctionnaire est obligé de remplir la fonction dont il est investi. Cependant en France l'obligation du vote n'a pas été encore sanctionnée par la loi positive. Mais on peut dire que cette obligation existe déjà dans la conscience des hommes; et certainement elle sera consacrée par la loi positive dans un avenir très prochain. La loi du 2 août 1875 (art. 18) a établi le vote obligatoire pour l'élection des sénateurs. L'obligation du vote est consacrée par la constitution belge revisée en 1893, art. 86, § 2 : « Le vote est obligatoire ».

Puisque l'électorat est une fonction, il appartient au législateur de déterminer les conditions qui doivent être réunies pour pouvoir exercer cette fonction. Ces conditions peuvent être modifiées à tout moment par le législateur, être notamment rendues plus sévères sans que ceux qui se trouvent privés de l'électorat par cette modification législative puissent se plaindre. Il appartient en effet toujours au législateur de régler

et de modifier les conditions nécessaires pour l'exercice d'une fonction publique.

L'électorat étant une fonction, l'électeur ne peut pas y renoncer. C'est une fonction dont il est investi et qu'il exerce dans l'intérêt de tous; elle implique une charge sociale à laquelle il ne peut pas se soustraire définitivement. Il ne peut même pas, on l'a vu, négliger momentanément de la remplir.

Pour la même raison, le législateur peut, sans porter atteinte au principe de la souveraineté nationale, accorder aux citoyens une participation différente à la puissance publique. Il peut, par exemple, établir le suffrage à deux degrés ou le vote *plural*. Une loi qui, comme la constitution belge revisée en 1893 (art. 47), accorde un vote à tous les citoyens âgés de 25 ans accomplis, un vote supplémentaire à raison de l'âge (45 ans) et de l'impôt payé joint à la qualité de chef de famille, et deux votes supplémentaires à raison de la capacité intellectuelle attestée par certains grades universitaires (nul ne pouvant cependant cumuler plus de trois votes), n'est point une loi contraire au principe de la souveraineté nationale.

Mais l'électorat est aussi un droit. Cela explique comment toutes les législations positives organisent une procédure pour permettre au titulaire de ce droit de le faire reconnaître et de remplir les formalités nécessaires pour son exercice (inscription sur les listes électorales, v. §§ 101 et 102). Mais le procès se présente dans des conditions un peu particulières et cela tient à ce que l'électorat qu'on invoque est non seulement un droit subjectif, mais encore une fonction publique. Ainsi, la question qui se pose n'est pas seulement une question de droit subjectif, mais aussi une question de droit objectif, une question de légalité violée. Le procès électoral rentre dans la catégorie du contentieux que nous appelons *contentieux objectif* et dont la nature sera déterminée plus loin (cf. §§ 44-46). Cela explique notamment comment la

demande en inscription sur la liste électorale ou en radiation peut être faite non seulement par l'intéressé, mais encore par tout électeur inscrit de la circonscription, comment l'appel peut être formé même par une partie qui ne figurait pas au procès en première instance (D. org. 2 février 1852, art. 19-22).

Le caractère de l'électorat, considéré à la fois comme un droit et une fonction, est généralement admis par les auteurs français, notamment par M. Esmein, *Droit constitutionnel*, 4e édit., 1906, p. 268; M. Hauriou, *Droit administratif*, 5e édit., 1903, p. 49. — Cf. Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1905, p. 287. — Sur la question du vote obligatoire, cons. Moreau, *Le vote obligatoire, Revue politique et parlem.*, VII, 1896, p. 36; — Coutant, *Le vote obligatoire*, 1898; — les propositions Letellier et Guillemet, 6 juin 1893 tendant à rendre le vote obligatoire, et Ory, 7 juillet 1905, *J. off., Doc. parlem.*, Chambre, sess. ord., p. 781; — Jèze, *Revue du droit public*, 1905, p. 782; — Labussière, *Le vote par correspondance, Revue politique et parlem.*, 10 août 1905, p. 261; — Mallat, *Le vote obligatoire*, même *Revue*, 10 avril 1906, p. 119. — Sur la nature de la procédure tendant à l'inscription sur les listes électorales et sur le rôle de la commission municipale de revision, cf. Ferron, *Note* sous Alger, 15 février 1901, S., 1904. II, 17 et Jèze, *Revue du droit public*, 1905, p. 759, à propos du jugement du tribunal des conflits du 22 juillet 1905, attribuant à la commission municipale de revision des listes électorales le caractère de juridiction judiciaire.

Nous-même sommes arrivé à des conclusions analogues à celles de la théorie de l'électorat droit et fonction, en faisant de l'électorat ce que nous appelons un *pouvoir objectif*. V. notre volume intitulé *l'Etat, les gouvernants et les agents*, 1903, chap. I.

Les doctrines qui voient dans l'électorat un droit égal pour tous, devant être reconnu par le législateur à tous les membres de la nation, à l'exception seulement de ceux qui sont, par suite de leur âge ou de leur état d'esprit, incapables de l'exercer, et devant être reconnu même aux femmes, comptent d'assez nombreux représentants. C'est l'idée générale, qui inspirait la proposition déposée par M. Jules Guesde, sur le bureau de la chambre des députés, le 30 janvier 1894 : Proposition de loi tendant à assurer l'universalité du suffrage dit universel (*J. off.*, 1894, *Doc. parlem.*, chambre, p. 337). M. Jules Guesde cependant admettait le maintien de certaines causes de déchéance et ne proposait pas l'électorat des femmes. La question de l'électorat des femmes est aujourd'hui tout à fait à l'ordre du jour. L'exclusion des femmes de toute participation directe à la puissance politique ne peut s'expliquer que comme le résultat de l'évolution historique; il n'y a pas de raison logique à cette exclusion; nous ne voyons pas pourquoi les femmes ne seraient pas

compétentes aussi bien que les hommes pour participer à l'expression de la volonté nationale. Cette exclusion est le résultat d'un préjugé tenace, qui, croyons-nous, disparaîtra dans un avenir prochain. L'électorat des femmes n'est point dans notre pensée la conséquence du principe de la souveraineté nationale; on le voit par ce qui précède; nous pensons que l'électorat doit être reconnu aux femmes, parce qu'elles sont capables aussi bien qus les hommes de dégager la volonté nationale et qu'elles supportent des charges sociales aussi lourdes que les hommes.

Plusieurs Etats de l'Union américaine, le Wyoming, le Colorado et l'Idaho, plusieurs colonies anglaises de l'Australasie, la Nouvelle-Zélande et l'Australie du Sud ont conféré aux femmes l'électorat. En Angleterre, la question a été agitée plusieurs fois à la chambre des communes. Les femmes y ont, aux mêmes conditions que les hommes, le droit de suffrage pour les élections municipales dans les paroisses urbaines et rurales, ainsi que dans les bourgs et pour les élections aux conseils de comté (Jenks, *L'administration locale en Angleterre*, édit. franç., p. 48). Le 16 mars 1904, la chambre des communes, par 182 voix contre 68 a voté une résolution de Sir Mac Laren en faveur de l'abrogation des incapacités qui frappent les femmes touchant la *franchise parlementaire*. Le 28 juin 1904, la chambre des lords a repoussé par 57 voix contre 38 en deuxième lecture un bill présenté par Lord Beauchamp, tendant à donner aux femmes l'éligibilité aux conseils administratifs locaux. Mais le 31 mars 1905, la chambre des communes a voté sur la motion de M. Schipman un bill analogue à celui repoussé en 1904 par la chambre des lords, et accordant l'éligibilité aux femmes pour les conseils administratifs locaux. Le 2 mars 1906, la chambre des communes a abordé la discussion d'une proposition de Sir Charles Dilke, tendant à donner aux femmes les mêmes droits politiques qu'aux hommes; mais elle n'a donné aucune suite à cette proposition. — Cf. Jèze, *Revue du droit public*, 1905, p. 821. — Rap. Franqueville, *Les droits politiques des femmes en Angleterre, Académie sciences morales et politiques*, XXXIII, p. 115; — Hanson Robinson, *Le mouvement féministe aux Etats-Unis, Revue polit. et parlem.*, 1898, XVII, p. 259.

En France, le mouvement féministe, compromis peut-être par ses promoteurs, n'a pas fait encore de sérieux progrès. On peut cependant citer comme se rattachant à ce mouvement d'idées la loi du 7 décembre 1897, conférant aux femmes le droit d'être témoin dans les actes instrumentaux, la loi du 23 janvier 1898 leur donnant l'électorat pour l'élection aux tribunaux de commerce et la loi du 1er décembre 1900 permettant aux femmes, munies du diplôme de licencié en droit, de prêter le serment d'avocat et d'exercer cette profession. Cf. Turgeon, *Le féminisme français*, 2 vol., 1898; — *Compte-rendu du Congrès féministe 1900, Mouvement socialiste*, 15 octobre et 1er novembre 1900. Le Conseil international des

femmes a tenu ses assises à Paris du 14 au 17 juin 1906. Le compte-rendu de ses travaux n'a pas encore été publié.

Les auteurs qui admettent la théorie de la nation-organe ne voient naturellement en général dans l'électorat qu'une fonction. L'électeur est membre de la nation ; il est un organe-membre, et comme tout organe il n'a point de droit subjectif ; il est seulement un des instruments par lesquels l'Etat exerce ses droits ; si l'électeur paraît avoir un droit, ce n'est qu'une apparence ; il y a seulement un réflexe du droit constitutionnel objectif. V. en ce sens Laband, *Droit public*, édit. franç., 1900, I, p. 495 ; — Orlando, *Fondement de la représentation politique, Revue du droit public,* 1895, I, p. 21 ; — Posada, *Dirrito politico,* 1893, I, p. 372 ; — Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle,* 1899, II, p. 93. — Cette solution paraît seule logique. Cependant M. Jellinek, qui enseigne la théorie de la nation-organe, admet que l'électorat est à la fois une fonction et un droit. Oui, dit le savant professeur, l'électeur est un fonctionnaire et quand il vote il exerce un droit, dont le seul titulaire est l'Etat ; mais il a cependant un droit subjectif ; ce n'est pas le droit de voter, c'est le droit d'être reconnu par tout le monde, même par l'Etat, comme ayant une qualité qui lui permet d'exercer la fonction de voter (Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte,* 2e édit., 1905, p. 146). — Cf. dans un sens analogue, Michoud, *Théorie de la personnalité morale,* 1905, p. 287. — Cette doctrine de M. Jellinek a été très vivement critiquée par M. Laband, *Droit public,* édit. franç. 1900, I, p. 495, note 1. M. Jellinek répond à ces critiques dans son livre *Allgemeine Staatslhre,* 1900, p. 382, note 1 et 2e édit., 1905, p. 408, note 2. Il nous semble que la théorie de M. Jellinek est difficilement compatible avec la conception de la nation-organe, qu'avec cette idée on ne peut voir logiquement dans l'électeur qu'un fonctionnaire exerçant un droit dont le seul titulaire est l'Etat, et qu'ainsi, au point de vue de la logique, M. Laband a raison contre M. Jellinek.

B. *Le territoire.*

24. Le territoire, élément subjectif de l'Etat. — Dans la théorie de l'Etat, aujourd'hui dominante, et qui, on le verra plus loin, cadre parfaitement sur ce point avec les principes formulés par nos constitutions, on admet que le territoire est un élément constitutif de l'Etat. Une collectivité ne peut être un Etat que lorsqu'elle est fixée sur un territoire dont les limites sont déterminées. Sans cela, il n'y a point d'Etat. Il peut y avoir un groupe social intégré ; il peut même

exister dans ce groupe social une autorité politique. Mais cette collectivité, même politiquement différenciée, n'est pas, ne peut pas être un Etat. Ainsi, dans cette doctrine, les tribus nomades de l'Afrique centrale, non établies sur un territoire à limites fixes, ne sont point des Etats, bien qu'elles possèdent une autorité politique souvent véritablement organisée. Les nations européennes ont pu faire ainsi sans scrupules la conquête de l'Afrique et oublier pour les populations du continent noir toutes les règles du droit international, sous le prétexte que ces populations ne formaient pas des Etats. Par application du même principe, on décide en général que l'Eglise catholique ne forme point un Etat. Elle peut être une personne du droit des gens; mais elle n'est pas un Etat. Avant 1870, le pape était souverain temporel d'un Etat territorial. Mais l'Eglise catholique elle-même n'a jamais été et n'est point un Etat. Sans doute, elle est une collectivité organisée; ses fidèles reconnaissent dans l'Eglise une puissance souveraine dans l'ordre spirituel; elle possède, depuis le souverain pontife au sommet, jusqu'aux simples prêtres en bas, une administration puissamment hiérarchisée. Cependant elle n'est pas un Etat, parce qu'elle ne se rattache pas à un territoire déterminé. On ne peut, on ne doit reconnaître le caractère d'Etat qu'à une collectivité, ayant d'ailleurs une puissance politique, établie sur un territoire déterminé.

Il faut bien dire que les propositions qui précèdent sont formulées par la doctrine dominante plutôt comme des postulats que comme des vérités directement et positivement démontrées. Cependant, on doit reconnaître que l'Etat moderne, tel qu'il est sorti de l'évolution historique, nous apparaît toujours intimement rattaché à un territoire. Dans la notion tout à fait générale que nous avons donnée précédemment de l'Etat (§ 8), l'élément territorial n'apparaît point. Mais quand on veut préciser cette notion, quand on veut surtout définir la conception de l'Etat moderne,

sujet de droit, il est difficile d'écarter l'élément territorial. Au surplus, le rôle de l'élément territorial apparaîtra plus nettement encore quand on aura étudié la souveraineté de l'Etat.

Quoi qu'il en soit, quel est, dans la théorie juridique de l'Etat, exactement le caractère du territoire considéré comme élément constitutif de l'Etat? On répond parfois à cette question en disant : l'importance du territoire apparaît de deux manières : *négativement*, en ce sens qu'il est interdit à toute autre puissance que celle de l'Etat lui-même d'exercer une autorité quelconque sur le territoire qui lui est affecté; *positivement*, en ce sens que tous les individus qui, en fait, se trouvent sur le territoire d'un Etat, sont subordonnés à cet Etat, alors même qu'ils ne soient pas nationaux de cet Etat. Ces propositions sont exactes; mais elles ne sont pas suffisantes, ou du moins elles ne sont que la conséquence d'une idée plus générale. Pour la comprendre, il faut déterminer l'essence juridique interne du territoire.

C'est ce que nous faisons en disant : le territoire est un élément *subjectif* de l'Etat; ou, sous une forme moins concise : l'Etat est une personne juridique; il est titulaire, *sujet* de la puissance politique considérée comme droit subjectif, et il l'exerce par l'intermédiaire d'organes; le territoire est un élément constitutif de cette personne, c'est-à-dire que cette personne juridique, titulaire de la puissance politique, ne peut pas exister s'il n'y a pas un territoire exclusivement affecté à la collectivité qui lui sert de support.

Pourquoi le territoire est-il un élément constitutif de l'Etat, personne juridique titulaire de la puissance politique? On répond : tout Etat possède par définition même la puissance politique; or la puissance politique c'est le pouvoir de donner des ordres *inconditionnés*, c'est-à-dire des ordres qui ne soient soumis à aucune condition étrangère à la volonté de celui qui les donne (à la condition toutefois, selon nous, que l'Etat reste

dans les limites générales tracées par le droit; mais cette réserve n'est point admise par tous les auteurs, et de plus elle est sans importance pour la théorie que nous exposons en ce moment). L'Etat possédant la puissance politique ainsi définie, celle-ci ne peut s'exercer qu'à la condition qu'un territoire soit exclusivement affecté à son exercice. Qu'on suppose, en effet, que deux puissances politiques prétendent s'imposer sur le même territoire. On peut toujours supposer des commandements contradictoires. Alors, ou bien l'une des puissances cèdera et acceptera les ordres donnés par l'autre; elle cesse par là d'être une puissance étatique et il ne reste sur ce territoire qu'un seul Etat; ou bien les deux puissances se limiteront, se conditionneront réciproquement, et alors l'une et l'autre cessent d'être puissances étatiques; il pourra y avoir sur le territoire deux corporatious, deux corporations politiques même, mais ce ne seront pas des Etats.

Ainsi l'attribution exclusive d'un territoire à une collectivité est indispensable pour qu'elle soit un Etat et cela parce qu'autrement elle ne pourrait avoir la puissance politique. En d'autres termes, l'*exclusivité* du territoire est la condition de la puissance politique. Or, la puissance politique est la manifestation par excellence de la personnalité de l'Etat; donc l'*exclusivité* du territoire est la condition même de la personnalité de l'Etat. C'est en ce sens que nous disons que le territoire est un élément subjectif de l'Etat, un élément constitutif de la personnalité juridique de l'Etat.

Cette conception du territoire a été certainement celle des fondateurs du droit public français moderne. On le verra surtout au § suivant où nous montrerons les conséquences qui résultent de cette notion et qui toutes ont été implicitement ou expressément indiquées par nos constitutions. Mais la preuve directe que les auteurs de la constitution de 1791 ont vu dans le territoire un élément de la personnalité même

de l'Etat, se trouve dans l'art. 2 de la section I du chapitre I[er] du titre III : « Les représentants seront distribués entre les quatre-vingt-trois départements, selon les trois proportions du territoire, de la population et de la contribution directe ». Si l'Assemblée décide que le territoire doit être représenté au même titre que la population, c'est que dans sa pensée le territoire a le même caractère que la population; or celle-ci est évidemment un élément de la personnalité de l'Etat; il en est donc de même du territoire. Pour ce qui est de la contribution directe, il ne faut pas oublier que la qualité de citoyen actif n'était conférée qu'à ceux qui payaient une certaine contribution directe; il était donc très logique qu'elle fût une des bases de la représentation.

25. Conséquences du caractère subjectif du territoire. — La première conséquence que les théoriciens modernes rattachent à cette conception, c'est l'*indivisibilité* du territoire. En effet élément de la personnalité étatique, il est indivisible comme cette personnalité. Si le territoire était au contraire objet de la puissance publique et seulement objet, il ne serait point nécessairement indivisible, car rien ne s'oppose à ce que l'objet d'un droit soit divisible. Il en était ainsi à l'époque de l'Etat patrimonial : alors le prince personnifie l'Etat, et le territoire est l'objet de la puissance princière ; la division des Etats d'un prince peut être faite comme celle de son patrimoine privé ; l'histoire nous offre de nombreux exemples de partage de successions princières. Au contraire nos constitutions, appliquant le principe du territoire élément de la personnalité de l'Etat, affirment l'indivisibilité du territoire français. A l'article 1 du titre II de la constitution de 1791, on lit : « Le royaume est un et indivisible; son territoire est distribué en 83 départements ». La même idée est exprimée dans les divers textes qui déclarent que la république et est une indivisible, notamment, D. 25 septembre 1792; Const. 1793, art. 1;

Const. an III, art. 1 ; Const. an VIII, art. 1 ; Const. 1848, pr. art. 2 et art. 48.

Une seconde conséquence dérive du caractère subjectif du territoire, c'est l'*impénétrabilité* du territoire. Cela implique notamment le droit pour un Etat d'interdire tous actes d'un Etat étranger susceptibles de porter atteinte à son intégrité territoriale, et aussi le droit pour un Etat d'interdire sur son territoire tout acte de puissance politique d'un Etat étranger. C'est le principe de *non-intervention*, duquel on peut dire cependant qu'il se rattache à l'obligation générale des Etats de respecter la personnalité même des autres États.

Nos constitutions ont à plusieurs reprises exprimé ce principe sous différentes formes. « La nation française renonce à entreprendre aucune guerre dans le but de faire des conquêtes... » (Const. 1791, tit. VI) ; « Le peuple français ne s'immisce point dans le gouvernement des autres nations; il ne souffre pas que les autres nations s'immiscent dans le sien ». « Il ne fait point la paix avec un ennemi qui occupe son territoire » (Const. 1793, art. 119 et 121). Même idée dans la constitution de 1848, pr. art. V.

L'*exclusivité* du territoire est une troisième conséquence logique du caractère subjectif reconnu au territoire. On l'indiquait déjà (§ 24), en montrant comment le territoire est un élément de la personnalité même de l'État, et en disant que deux États ne pouvaient exercer concurremment leur puissance politique sur un même territoire. Mais en fait cette conséquence se heurte à de très graves difficultés. D'abord dans les États fédéraux, il semble bien que le même territoire appartienne à deux Etats distincts, l'Etat fédéral et l'Etat-membre considéré. On étudiera plus loin spécialement la question de l'Etat fédéral (v. § 32). D'autre part on s'est trouvé parfois en présence de deux Etats exerçant en commun leur puissance sur le même territoire. On peut citer comme exemple le *condominium*,

que l'Autriche et la Prusse ont exercé sur le Schleswig-Holstein depuis 1864 jusqu'en 1866, et celui qui appartient encore aujourd'hui, depuis le traité de Berlin de 1878, à l'Autriche et à la Hongrie sur la Bosnie et l'Herzégovine. Cf. Despagnet, *Droit international public*, 3e édit., 1904, p. 401. Ces faits sont difficilement explicables avec la théorie du territoire élément de la personnalité de l'Etat.

On a essayé de les expliquer en disant qu'il y avait là une situation tout à fait exceptionnelle, que le *coimperium* était le résultat d'un compromis temporaire entre les deux participants. On a dit surtout, en se plaçant à un point de vue purement théorique, que tant que dure le *coimperium*, le territoire qui en est l'objet est affecté à une puissance qui n'est point celle des deux participants exercée indivisément, mais à une puissance spéciale distincte de celle des deux Etats participants et ayant pour sujet une personne publique distincte d'eux. Assurément, il n'y a là qu'une fiction. M. Jellinek (*Allgemeine Staatslehre*, 2e édit., 1905, p. 383), voit dans ces cas de *coimperium* une survivance de la conception de l'Etat patrimonial; il a peut-être raison.

Une dernière conséquence de la théorie du territoire élément de la personnalité de l'Etat, c'est l'*incessibilité* du territoire. Logiquement il faut décider qu'un Etat ne peut céder tout ou partie de son territoire, définitivement ou pour un temps limité, et que toute cession totale ou partielle, temporaire ou définitive doit entraîner la mort de l'Etat cédant. Peu importe d'ailleurs que la cession soit volontaire ou forcée, c'est-à-dire imposée par la conquête. Il est évident qu'une cession totale du territoire d'un Etat entraîne sa mort, puisqu'il manque désormais un élément indispensable de sa personnalité. Du jour où le territoire de Madagascar a été déclaré annexé à la France, l'Etat malgache disparaissait. Au moment même où le territoire des républiques sud-africaines était annexé à l'Angleterre, elles disparaissaient comme Etats. Mais il doit en être logiquement de même d'une cession partielle, même temporaire, car cette cession a pour résultat de démembrer la personnalité même de l'Etat; or, par définition, toute personnalité est

indivisible, et démembrer une personnalité, c'est l'anéantir. Avec la conception de l'Etat patrimonial, les cessions territoriales se comprennent aisément; du jour où l'on a conçu l'Etat comme une corporation territoriale, les cessions territoriales sont devenues inexplicables logiquement et juridiquement.

Ici encore les faits donnent un formel démenti à la logique juridique. Nous Français ne savons que trop que des cessions territoriales ont encore lieu, sans que l'Etat cédant disparaisse. Et pour citer un exemple récent, nous rappelons le traité de Portsmouth d'août 1905 par lequel la Russie consent au Japon une cession territoriale. On peut rappeler aussi les cessions temporaires, les dations à bail faites fréquemment en Chine ou ailleurs au profit d'Etats européens. Tout cela est bien difficilement explicable avec la théorie du territoire sujet.

Cependant des explications ont été tentées. Les juristes allemands se devaient à eux-mêmes de concilier la possibilité des cessions territoriales avec leur théorie juridique du territoire. Ils n'y sont point arrivés. Nous ne considérons pas comme une explication sérieuse celle qui consiste à dire que l'Etat cédant disparaît pendant un instant de raison au moment de la cession et qu'il renaît immédiatement avec son territoire amoindri. N'est point non plus satisfaisante la formule de ceux qui disent qu'il n'y a point véritablement cession territoriale, mais que l'Etat cédant renonce à exercer sa puissance sur une partie de son territoire, et que ce territoire se trouvant dès lors sans maître peut s'adjoindre au territoire de l'Etat annexant. Il y a là une pure subtilité qui n'explique rien (Perrinjaquet, *Des cessions temporaires de souveraineté*, thèse Bordeaux, 1904). Prudemment M. Jellinek se contente d'une simple affirmation : « L'indivisibilité du territoire, dit-il, ne fait pas obstacle à ce que, à la suite d'une guerre, une partie du territoire étatique soit détachée et cédée à un autre Etat » (*Allgemeine Staatslehre*, p. 389). Il est vrai que l'auteur ajoute que ce qui est cédé, ce n'est point le territoire mort, que toute cession est exclusivement le transfert d'un *imperium*, que par la cession l'*imperium* de l'Etat cédant se trouve réduit et celui de l'Etat annexant augmenté. Cela n'explique rien du tout. Nous eussions préféré qu'on dît tout simplement qu'il y a encore dans les cessions territoriales un reste de la conception de l'Etat patrimonial.

Toute une école soutient qu'il ne peut y avoir de cession territoriale qu'avec le consentement des populations du territoire cédé.

La France a appliqué ce principe en 1860 au moment de l'annexion de Nice et de la Savoie, et on a souvent reproché à l'Allemagne de n'avoir point fait en 1870 un plébiscite d'annexion en Alsace-Lorraine. Incontestablement il y a dans les plébiscites d'annexion une pratique très louable; mais nous n'y voyons point comme certains la conséquence nécessaire d'une sorte de dogme politique, qui ne serait d'ailleurs autre chose que le faux dogme du contrat social. Quant au problème qui nous occupe maintenant, nous ne voyons pas quelle solution peut bien lui apporter cette pratique. Que l'annexion soit faite avec l'assentiment des populations annexées, il reste à expliquer comment, le territoire étant un élément de la personnalité de l'Etat, le démembrement territorial n'entraîne pas anéantissement de cet Etat.

La conséquence de tout cela c'est que la théorie juridique du territoire, telle qu'elle est communément admise et telle qu'elle ressort de nos constitutions, est peut-être quelque chose de bien artificiel.

26. Le territoire limite de la puissance politique. — Si le territoire est élément de la personnalité juridique de l'Etat, n'est-il pas en même temps objet d'un droit appartenant à l'Etat? On a déjà dit que dans la théorie patrimoniale, on reconnaissait au prince sur le territoire de ses Etats un droit réel analogue au droit de propriété. Cette idée est encore défendue par quelques auteurs, comme Seydel, qui n'admettent pas la personnalité de l'Etat, et qui ne voient dans le territoire que l'objet d'un droit dont le *Herrscher* est titulaire. Cette doctrine ne compte d'ailleurs que de rares partisans. Mais certains publicistes, qui admettent la personnalité juridique de l'Etat et qui voient même dans le territoire un élément de cette personnalité, enseignent en même temps que l'Etat a sur le territoire un droit public, qui est distinct du droit de puissance qu'il exerce sur les personnes. Les auteurs français et particulièrement les auteurs de droit international parlent constamment de la souveraineté *territoriale*, voulant désigner certainement par là un droit qui appartiendrait à l'Etat sur son territoire. La nature de ce droit, ils ne la déterminent point d'une manière précise. Cependant il

semble bien que les idées de Proudhon (*Traité du domaine public*, 1844, 2[e] édit.) sont encore dominantes. Ce droit de l'Etat sur son territoire est, dit-on, un droit réel, mais un droit réel de droit public. On doit distinguer ce que Proudhon appelait le domaine de propriété et le domaine de souveraineté. Le domaine de propriété, c'est la propriété du droit civil; le domaine de souveraineté, c'est le droit réel d'ordre public que l'Etat possède sur son territoire.

En Allemagne, M. Laband, partisan convaincu de la personnalité de l'Etat, enseigne que celui-ci possède un droit réel de droit public sur son territoire. « On doit reconnaître, dit-il, que l'Etat a un droit sur son territoire, qui est substantiellement différent de ses droits de puissance sur ses sujets et que l'on doit considérer comme étant un droit réel de droit public. Par là l'Etat peut remplir ses fonctions; il n'atteint pas seulement ses sujets, mais aussi le sol et le soumet à sa volonté, à sa puissance » (*Droit public*, édit. franç., 1900, I, p. 287).

Nous estimons que l'on ne doit point reconnaître à l'Etat sur son territoire un droit réel de droit public, un droit de puissance distinct de son droit de puissance sur les personnes. Il ne faut point distinguer une *souveraineté territoriale* et une *souveraineté personnelle*. L'Etat n'a qu'un seul et unique droit de puissance, et ce droit de puissance ne peut s'exercer que sur des personnes. Si l'on emploie le mot de souveraineté, qui prête à beaucoup de confusions, mais qui est passé dans l'usage, il faut dire que l'Etat n'a et ne peut avoir de souveraineté que sur les personnes.

Cela se comprend aisément. Nous employons, suivant l'habitude française, le mot souveraineté dans le sens de puissance politique. Or, la puissance politique c'est ce pouvoir de formuler des commandements. Cette puissance politique est sans doute le pouvoir de formuler des ordres inconditionnés. Mais ce dernier caractère est ici indifférent, car il reste toujours que la puissance politique est le pouvoir de commander. Or on ne peut commander qu'à des personnes. Le

commandement suppose deux personnes, une qui le donne, une qui le reçoit. Par conséquent, parler de souveraineté ou de puissance politique sur le territoire, c'est employer une formule qui contient une contradiction en soi.

Quel est donc exactement le rôle du territoire au point de vue objectif? Il détermine les individus auxquels peuvent s'adresser les commandements de l'Etat. Quand on dit, dans le langage courant, que l'Etat a une souveraineté territoriale, on ne peut pas vouloir dire autre chose que ceci : l'Etat exerce sa puissance sur toutes les personnes qui se trouvent sur son territoire; et l'Etat ne peut pas, en principe, exercer sa puissance sur des personnes qui sont en dehors de son territoire. Sans doute ses nationaux restent, à certains égards, même en pays étranger, soumis à sa puissance, mais il ne peut ramener à exécution en dehors de son territoire les ordres qu'il leur adresse, de sorte que l'Etat n'a de puissance effective que sur les personnes qui se trouvent sur son territoire et sur toutes les personnes, sans exception, qui se trouvent sur son territoire. Ainsi le territoire nous apparaît, au point de vue objectif, comme la limite de la puissance publique. C'est ce qu'on appelle la théorie du *territoire limite,* opposée à la théorie du *territoire objet,* qui doit être, ce nous semble, abandonnée.

D'après M. Jellinek, le territoire n'est point objet autonome de la puissance étatique; le droit sur le territoire n'est qu'un réflexe de la puissance sur les personnes; la souveraineté territoriale n'est point une fonction autonome du pouvoir étatique; elle coïncide en droit public avec la puissance étatique toute entière exercée sur les personnes se trouvant sur le territoire (*Allgemeine Staatslehre,* 2e édit., 1905, p. 385-388).

Cette théorie du *territoire limite,* qui nous parait seule admissible, rencontre cependant certaines objections dont l'une est particulièrement sérieuse. La preuve, dit-on, que l'Etat est titulaire ou peut être titulaire d'un droit de puissance spécial sur son territoire, distinct de son droit sur les personnes, c'est que beaucoup d'Etats modernes possèdent des territoires inhabités, par exemple la France possède beaucoup d'îlots déserts notamment sur les côtes

de Bretagne, de vastes territoires inhabités dans ses colonies. On ne peut méconnaître, ajoute-t-on, que l'Etat ait un certain droit sur de pareils territoires ; on ne peut prétendre que le territoire soit seulement la limite du droit de puissance politique sur les personnes. — L'objection n'est pas sans réponse. M. Jellinek écrit que l'existence de territoires inhabités appartenant aux Etats ne démontre aucunement que l'Etat ait véritablement un droit de puissance territoriale distinct de son droit de puissance sur les personnes, parce que le territoire inhabité est toujours une sphère possible pour l'activité du pouvoir étatique, laquelle ne pourra s'exercer sur ce territoire que lorsqu'en fait il sera habité. La réponse ne nous paraît pas bien bonne. Nous préférons dire que l'objection ne porte pas contre une théorie qui repose tout entière sur l'idée de l'unité, de l'indivisibilité du territoire ; en effet, en vertu même de cette idée, on doit considérer les différentes parties du territoire, non pas comme indépendantes les unes des autres, mais comme formant un tout unique ; et ce territoire tout entier, dans ses parties habitées et dans celles qui ne le sont pas, forme la limite générale dans laquelle peut s'exercer effectivement, s'il y a lieu, la puissance de l'Etat sur les personnes.

De la théorie du *territoire limite* résultent certaines conséquences. D'abord (et cela n'est que le résumé de la théorie) toutes les personnes qui se trouvent sur le territoire d'un Etat sont soumises à la puissance de cet Etat, qui peut contre toutes procéder à des actes de contrainte, et qui ne peut y procéder que contre les personnes qui se trouvent dans ses limites territoriales.

D'autre part la vieille idée de propriété *éminente* de l'Etat sur toutes les terres dépendant de son territoire, même sur celles objet d'une appropriation privée, doit être complètement abandonnée. Encore invoquée au point de vue fiscal au XVIIe et au XVIIIe siècle, elle a depuis la Révolution complètement disparu du droit public français. Ici encore les principes du droit public français coïncident avec les solutions théoriques. Par suite l'expropriation d'une propriété privée ne doit point être considérée comme l'exercice par l'Etat d'un droit de propriété éminente, mais est tout simplement un acte de la puissance publique ordonnant au propriétaire d'une chose de la mettre à la disposition de l'Etat moyennant une indemnité.

Jusqu'à la Révolution le roi de France prétendit à une propriété éminente sur toutes les terres de son royaume; l'expropriation n'était, disait-on, qu'une conséquence de ce droit supérieur. Sans doute quelques ordonnances, comme celle de mai 1705, reconnurent une indemnité au propriétaire dépossédé; mais ce n'était qu'une concession gracieuse et jamais l'indemnité d'expropriation ne fut regardée comme un droit général du propriétaire dépossédé, parce l'expropriation n'était que l'exercice d'un droit réel supérieur appartenant au roi. En formulant le principe de la propriété, droit individuel et sacré (Décl. des droits de 1789, art. 17), la Révolution fit disparaître tous les restes de la propriété éminente du roi. L'Etat n'a plus aucun droit supérieur sur la terre, objet d'appropriation privée et l'expropriation n'est plus que l'ordre donné par l'Etat à raison de son *imperium* sur les personnes, à un individu d'abandonner sa chose moyennant une indemnité.

C'est encore par suite de la disparition de toute propriété éminente de l'Etat sur les terres privées, que l'impôt foncier ne doit point être considéré comme la contribution récognitive d'une prétendue propriété éminente, comme le loyer d'une concession faite par l'Etat. Lui donner ce caractère ce serait maintenir dans l'Etat moderne l'idée de seigneurie féodale et de souveraineté patrimoniale qui en était directement dérivée. La contribution foncière est un impôt personnel et le fonds possédé est le signe de la richesse que veut atteindre la législation fiscale.

27. Droits de l'Etat sur quelques parties de son territoire. — Si l'Etat n'a aucun droit réel sur les parties du territoire qui sont l'objet d'une appropriation privée, il est incontestable qu'il existe certaines parties du territoire qui sont l'objet d'un droit appartenant à l'Etat.

D'abord, il est certaines choses immobilières, qui ne sont affectées ni à un usage public, ni à un service public, et qui cependant, pour une raison ou une autre, ne sont pas objet d'appropriation particulière. On dit que ces choses appartiennent à l'Etat et, suivant une expression consacrée, forment le *domaine privé* de l'Etat. Il est impossible de méconnaître que l'Etat possède sur ces choses un droit réel; et comme elles ne sont par hypothèse affectées ni à un usage

public, ni à un service public, il n'y a pas de raison de ne pas voir dans ce droit réel de l'Etat un droit analogue au droit de propriété privée. L'Etat, on l'a déjà dit, est un sujet de droit, titulaire de droits de puissance publique et de droits patrimoniaux. Y a-t-il là deux personnes distinctes, l'Etat et le fisc ; ou n'y a-t-il qu'une seule et unique personne? Cette dernière solution est plus logique. Peu importe : mettons que sur ces choses non affectées à un usage public ou à un service public, l'Etat a un droit de même ordre que la propriété privée.

Mais il y a certaines dépendances du territoire qui, soit par leur nature même, soit par suite d'une affectation légale, sont affectées soit à un usage public, soit à un service public. Nous voulons dire qu'elles sont dans une situation telle que tout le monde peut en user, ou qu'elles sont employées à l'accomplissement d'une des nombreuses missions qui sont considérées à un moment donné comme devant être remplies par l'Etat. Ce sont, par exemple, la mer nationale, les fleuves et rivières, les voies de communication et tous les biens immobiliers affectés au fonctionnement d'un service public. Nous croyons que tous ces biens forment ce qu'on appelle le *domaine public* de l'Etat.

On a beaucoup discuté la question de savoir à quel criterium on reconnaît les biens dépendant du domaine public de l'Etat. Pendant longtemps les jurisconsultes français, à la suite de Proudhon, ont voulu chercher ce criterium dans les articles 531 et suiv. du Code civil. Mais M. Barckhausen a démontré d'une manière définitive que les auteurs du Code civil, pas plus que les auteurs de la loi domaniale du 22 novembre 1790, n'ont fait aucune différence entre le domaine *public* et le domaine *national,* et que cette distinction, au reste logique et conforme aux faits, est l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence pendant le cours du XIX[e] siècle (Barckhausen, *Le domaine public, Revue du droit public,* 1902, II, p. 401). La distinction entre le domaine public et le domaine privé étant ainsi une œuvre doctrinale, il semble que celle qui correspond le mieux aux faits, est celle indiquée précédemment : sont choses du domaine public toutes celles qui sont affectées à un usage public ou à un service public. Cf. en ce sens Hauriou, *Droit administratif,* 5[e] édit., 1903, p. 577 et suiv.

Cela établi, se pose la question de savoir quel est le droit de l'Etat sur les dépendances de son domaine public.

Beaucoup de jurisconsultes, s'inspirant des idées et des procédés du droit privé, ont voulu faire rentrer cette situation dans les cadres du droit privé et ont pensé que l'Etat avait sur les dépendances de son domaine public un véritable droit de propriété, analogue au droit de propriété privée, que seulement ce droit se trouvait soumis à quelques restrictions du fait de l'affectation des choses dépendant du domaine public. M. Hauriou, notamment, définit le domaine public « des propriétés administratives rendues inaliénables et imprescriptibles par leur destination d'utilité publique et par leur affectation » (*Droit administratif*, 5e édit., 1903, p. 577).

Mais beaucoup d'auteurs (et à notre avis ils sont tout à fait dans le vrai) ont compris qu'une théorie de droit, faite pour assurer la protection de l'affectation d'une richesse à une utilité individuelle, était tout à fait inapplicable au cas (qui est celui du domaine public) d'une affectation de richesse à une utilité publique et ils estiment qu'on ne saurait parler d'un droit de propriété appartenant à l'Etat sur son domaine public. C'est ainsi que M. Ducroq, suivant en cela Proudhon (*Traité du domaine public*, 1844), écrit que les mots de l'art. 533 du Code civil « *qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée* » doivent être entendus en ce sens que ces choses ne peuvent être la propriété de personne, que pour l'Etat lui-même le domaine public n'est pas, suivant l'expression de Proudhon, un domaine de propriété, que l'Etat n'en a que la garde et la surintendance avec mission de le conserver aux générations à venir (Ducrocq, *Droit administratif*, 7e édit., IV, p. 89). M. de Récy (*Répertoire du droit administratif*, vo *Domaine*, no 199) écrit : « Le domaine public n'est pour personne, même pour l'Etat, un domaine de propriété ; on peut l'appeler propriété publique, à la condition qu'il soit bien entendu que la propriété publique n'est point une propriété véritable, mais un pouvoir de souveraineté s'appliquant à certaines choses placées directement sans partage sous la dépendance de la nation ». Cf. dans le même sens Berthélemy, *Droit administratif*, 3e édit., 1905, p. 409 et suiv. Enfin M. Otto Mayer a élaboré une théorie très intéressante de ce qu'il appelle la propriété publique. Mais comme le fait observer M. de Récy, l'expression n'est pas exacte ; on peut bien parler de propriété publique, mais à la condition qu'il soit entendu que la propriété publique n'est point une propriété (Otto Mayer, *Droit administratif*, édit. franç., 1905, III, p. 87 et suiv.).

A notre avis on ne peut point parler d'un droit de propriété appartenant à l'Etat sur des choses du domaine public. Les deux idées sont antinomiques.

Qui dit chose du domaine public dit chose affectée à une utilité publique; qui dit chose objet d'une propriété dit chose soustraite à l'utilité publique. La propriété est une invention des juristes de Rome, destinée à protéger juridiquement l'affectation d'une chose à une utilité particulière. Il nous paraît donc hors de doute que l'Etat n'a point sur les dépendances de son domaine public un droit de propriété, même restreint par une prétendue inaliénabilité et imprescriptibilité.

Mais est-ce à dire qu'il ait alors sur le domaine public un droit de puissance, de souveraineté suivant l'expression de M. de Récy? Non, puisqu'il a été établi que le droit de puissance ou souveraineté de l'Etat ne pouvait exister qu'à l'égard des personnes et non point sur les choses, parce que c'est un droit de commandement, et qu'un commandement ne peut être donné qu'à des personnes, non à des choses. L'expression rapportée plus haut de M. Ducroq, disant que l'Etat a la garde et la surintendance de son domaine public, n'explique évidemment rien du tout. Pour comprendre la situation de l'Etat à l'égard du domaine public, il faut rester fermement attaché à cette idée que les droits subjectifs publics de l'Etat sont essentiellement des droits de puissance, et que les droits de puissance ne peuvent s'exercer que sur des personnes. Cela étant bien compris, on peut affirmer que l'Etat n'a pas plus de souveraineté territoriale sur les biens du domaine public, que sur les autres dépendances de son domaine. Pourquoi alors ces biens sont-ils dans une situation spéciale? Parce que pour protéger leur affectation à l'utilité publique, l'Etat possède, à l'occasion de ces biens, sur les personnes des droits de puissance particulière, qu'il ne possède pas à l'égard des autres dépendances du territoire national. C'est ce qu'on exprime d'une manière obscure et imparfaite en disant que l'Etat a la police du domaine public. L'expression de police n'est pas exacte ici. Mais peu

importe l'expression, si l'on comprend que par cette formule on veut dire que l'Etat a sur les personnes des droits de puissance particuliers, quand il s'agit de protéger l'affectation à l'utilité publique des choses composant ce qu'on appelle le domaine public.

Peut-on faire une théorie générale du domaine public, c'est-à-dire déterminer par une formule générale et unique l'ensemble des droits de puissance particuliers qui appartiennent à l'Etat à l'occasion de son domaine public? A notre avis, il faut répondre non, catégoriquement. Même en ne considérant que la législation française, la loi et l'usage ont établi, pour les diverses dépendances du domaine public, des règles infiniment diverses et infiniment complexes. On ne peut connaître la vérité qu'en étudiant une à une chaque dépendance du domaine public, en s'inspirant toutefois de l'idée générale qui vient d'être indiquée.

Nous ne méconnaissons pas que notre doctrine sur le domaine public soulève des difficultés, qui apparaissent surtout en ceci que, dans la pratique, les dépendances du domaine public sont souvent pour l'Etat source de profits pécuniaires, ce qui semblerait indiquer qu'il y a une affectation patrimoniale, une véritable propriété. La solution de la difficulté ne peut être donnée que par une étude détaillée de chaque dépendance du domaine public, étude qui, évidemment, ne peut être faite ici. On fera seulement observer que les profits pécuniaires résultant du domaine public consistent essentiellement dans des redevances payées par les concessionnaires du domaine public, que ces redevances peuvent être considérées comme une taxe imposée, bien plutôt que comme le loyer d'un bail, et que l'imposition d'une taxe cadre parfaitement avec le droit de puissance exercé par l'Etat à l'occasion de son domaine.

Il faut ajouter qu'il peut arriver aussi qu'à côté du droit de puissance appartenant à l'Etat à l'occasion d'une chose affectée à l'utilité publique, existe un droit de propriété proprement dit sur cette chose ou sur un accessoire de cette chose, au profit d'une personne autre que l'Etat, ou au profit de l'Etat lui-même. Cela explique d'une part la situation des choses, appartenant par exemple à des communes ou à de simples particuliers et affectées à un service public de l'Etat, et aussi les droits de l'Etat aux fruits naturels produits par des dépendances du domaine public.

La théorie, dont nous avons formulé le principe, conduit logiquement à ce qu'on appelle l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du

domaine public. Cette règle n'a été formulée, d'une manière générale, nulle part; elle est déjà traditionnelle, et l'on peut y voir une règle coutumière certaine du droit public. Nous laissons de côté la controverse sur le sens et la portée du préambule et de l'art. 8 de la loi du 22 novembre 1790. Les dépendances du domaine public, tant qu'elles sont affectées à une utilité publique, ne peuvent devenir propriété privée, puisque cela serait précisément la négation de leur affectation à l'utilité publique, et l'Etat, en vertu de son droit de puissance, peut faire tomber toute prétention d'un particulier invoquant une aliénation ou une prescription. Voilà ce à quoi se réduit la règle; elle est très simple et ne nous paraît point devoir soulever la question, parfois discutée, de savoir si cette inaliénabilité du domaine public tient à une incapacité de l'Etat ou à une indisponibilité. Il nous semble assez étrange de parler d'une incapacité de l'Etat.

Nous faisons observer que le problème de la mer *territoriale* doit être résolu d'après la même idée générale que celui du domaine public. On s'est demandé quelle était la nature des droits de l'Etat sur ses eaux territoriales : les uns ont dit, c'est un droit de propriété; les autres c'est un droit de servitude; d'autres, c'est un droit de souveraineté. Ce n'est incontestablement ni un droit de propriété, ni un droit de servitude; car cela impliquerait l'affectation exclusive de la mer territoriale à un sujet de droit. La vérité est ceci : chaque Etat riverain a sur les personnes qui se trouvent sur des navires traversant ses eaux territoriales ou y mouillant, certains droits de puissance publique, qui sont déterminés par le droit international et qui ne sont pas ceux qu'il a sur les individus se trouvant sur son territoire terrestre. La mer territoriale n'est point objet d'un droit de l'Etat, elle est encore limite d'un certain droit de puissance sur les personnes.

Il ne faut pas confondre la mer *territoriale* avec la mer *nationale* (baies, rades, havres et ports, détroits resserrés entre deux terres appartenant à la même puissance), qui forme vraiment une dépendance du domaine public de l'Etat considéré.

Sur le territoire, outre les ouvrages précédemment cités, cons. E. Radnitzky, *Die rechtliche Natur des Staatsgebietes, Archiv für offent. Recht,* XX, 1905, p. 313.

C. *La souveraineté.*

28. Notion générale de la souveraineté. — La doctrine dominante, d'accord en cela avec les dispositions principales de nos constitutions, enseigne que l'Etat est une corporation territoriale investie de la puissance politique. Une corporation n'est un Etat

qu'à la condition qu'elle possède la puissance politique sur un territoire déterminé, c'est-à-dire qu'elle puisse imposer sa volonté comme telle à toute personne se trouvant sur ce territoire. Cette puissance politique, est-elle la souveraineté ? Nous avons déjà, à plusieurs reprises, employé le mot de souveraineté dans le sens de puissance politique ainsi définie. Certainement c'est en ce sens que les auteurs de nos constitutions ont pris ce mot ; et c'est en ce sens qu'il est employé le plus souvent dans la langue du droit public français. Mais il a parfois d'autres sens et pour éviter des confusions, il importe de les indiquer. C'est en partie faute de cette précaution que se sont élevées des controverses très obscures sur le caractère de la souveraineté.

On emploie souvent le mot *souveraineté* et le mot *souverain* pour désigner l'organe suprême de l'Etat, compris comme étant l'organe duquel dérivent directement ou indirectement tous les autres organes de l'Etat. Ainsi, on dit que dans une monarchie absolue, le monarque est le souverain ou possède la souveraineté, parce que c'est de lui qu'émanent directement ou indirectement tous les autres organes de l'Etat. De même on dit qu'à l'heure actuelle en France, le corps électoral est le souverain, parce que tous les organes de l'Etat, tous les agents de l'Etat sont créés directement ou indirectement par lui. Nous n'avons point pour le moment à nous occuper de la souveraineté ainsi comprise. Cet organe dit souverain en réalité n'exerce que la puissance de l'Etat ; ce caractère de souverain qu'on lui attribue qualifie sa situation à l'égard des autres organes de l'Etat considéré et la question de savoir quel est l'organe souverain ainsi compris est résolue par la loi constitutionnelle du pays.

Les mots *souverain* et *souveraineté* sont encore employés pour désigner le caractère d'un organe ou d'un agent qui, d'après le droit positif d'un pays, prend des

décisions insusceptibles d'un recours ou du moins insusceptibles d'un appel. On dit que le parlement en France est souverain, possède la souveraineté, parce que ses décisions sont, d'après le droit positif français, insusceptibles d'un recours quelconque. On en dit autant de la cour de cassation et aussi du conseil d'Etat, statuant au contentieux (L. 24 mai 1872, art. 9) et des cours d'appel, nommées encore quelquefois, comme les anciens parlements, cours souveraines, leurs arrêts étant insusceptibles d'appel. Dans la question de la souveraineté ainsi comprise, il y a une simple question de hiérarchie des différents organes d'un Etat, hiérarchie réglée par les lois positives organiques de cet Etat et qui ne touche en rien à la théorie générale de l'Etat.

Le mot souveraineté est employé très fréquemment dans la terminologie du droit international public. M. Despagnet définit ainsi qu'il suit la souveraineté en droit international. « La souveraineté externe est le pouvoir qu'a un Etat de s'affirmer comme personne morale indépendante vis-à-vis des autres Etats » (*Droit intern. public*, 3e édit., 1905, p. 82). Ainsi la souveraineté en droit international implique d'une part la personnalité d'un Etat s'imposant au respect des autres Etats, et, d'autre part, la capacité de l'Etat considéré d'entrer en relations juridiques avec les autres Etats, sans qu'il ait besoin d'être représenté ou autorisé par un autre Etat. C'est ainsi qu'au point de vue du droit international, les Etats dits protégés n'ont pas la souveraineté, parce que, dans les formes très diverses de protectorat qui existent en fait, on retrouve cependant toujours ceci : l'Etat protégé est représenté dans ses relations extérieures par l'Etat protecteur, ou il ne peut faire aucun acte international sans l'autorisation de l'Etat protecteur. Cf. Despagnet, *Essai sur les protectorats*, 1896.

Nous n'avons point à étudier la souveraineté ainsi comprise. On s'est demandé si la notion de souveraineté en droit international était distincte de la notion de souveraineté en droit interne. Les juristes allemands, notamment MM. Laband, Jellinek, Rehm, et quelques auteurs français, par exemple M. Moreau, semblent bien considérer que la notion de souveraineté est *une* et qu'un Etat ne peut pas par exemple posséder la souveraineté interne et point la souveraineté externe. Les internationalistes français distinguent au contraire en général la souveraineté *interne* et la souveraineté *externe*. Cf. Despagnet, *loc. cit.*, p. 82. Nous n'avons point à nous prononcer sur la question. Nous essaierons de déterminer la notion de

souveraineté interne telle qu'elle nous semble être comprise dans le droit positif français, et après cela la réponse à la question apparaîtra d'elle-même.

Ce qui vient d'être dit montre que, pour déterminer la notion de souveraineté, il ne faut point considérer telle ou telle forme d'Etat, tel ou tel organe étatique, mais l'Etat pris en lui-même, comme personne juridique, quelle que soit sa forme, quels que soient ses organes. D'autre part, nous considérons la souveraineté uniquement dans les rapports internes de l'Etat, c'est-à-dire dans ses rapports avec les personnes individuelles ou collectives qui se trouvent sur son territoire.

Dans la doctrine française, qui est certainement l'expression exacte de notre droit positif, la souveraineté interne est tout simplement la puissance publique, et ainsi la souveraineté est un élément même de l'Etat au point de vue interne. S'il peut y avoir des Etats non-souverains, dans les rapports internationaux, en droit interne il ne peut point y avoir d'Etat non-souverain, puisque par définition même, l'Etat est investi de la puissance commandante, et que la souveraineté est précisément cette puissance commandante. C'est la souveraineté ainsi comprise qu'il faut analyser, car la notion n'en est pas aussi simple qu'elle peut le paraître au premier abord.

Pendant longtemps cette notion de la souveraineté, conçue comme étant la puissance commandante de l'Etat, avait été à peu près unanimement admise en France et à l'étranger sous l'influence de J.-J. Rousseau et de la Révolution. Mais elle est venue se heurter à certains faits politiques modernes, notamment le fédéralisme et le protectorat, qu'il est difficile de faire rentrer dans le cadre traditionnel de la souveraineté. C'est alors qu'invoquant les précédents historiques, le sens originaire du mot souveraineté, certains jurisconsultes, particulièrement en Allemagne, ont enseigné que la souveraineté n'était point la puissance

politique elle-même, mais un certain caractère de cette puissance politique, qu'ainsi il pouvait y avoir puissance politique sans qu'il y eût souveraineté, que par suite il pouvait y avoir des Etats véritables sans qu'ils eussent la souveraineté, des Etats non-souverains.

On reviendra (§ 31) sur cette théorie. Elle n'a encore que peu pénétré dans la doctrine française. Elle est d'ailleurs certainement contraire aux principes de notre droit public. La souveraineté, dont parlent nos constitutions et nos Déclarations des droits, dans les articles déjà cités (notamment Déclaration des droits de 1789, art. 3; Const. 1791, tit. III, pr., art. 1; Déclaration des droits de 1793, art. 23, 25; Const. 1793, art. 7; Déclaration des droits an III, art. 17 et 18; Const. de l'an III, art. 2; Const. 1848, art. 1 et 18), c'est la souveraineté comprise comme étant la puissance politique, la puissance commandante de l'Etat; et c'est la souveraineté ainsi comprise qu'il nous faut analyser.

29. Analyse de la souveraineté conçue comme la puissance commandante de l'Etat. — Les définitions données de la souveraineté sont innombrables. Chaque auteur a la sienne. Nous n'essaierons point d'en donner une; notre but est d'analyser la nature intime de la souveraineté, en observant ses diverses manifestations, et ainsi peut-être arriverons-nous à préciser sa vraie nature.

Voici, à titre d'indication, la définition donnée par M. Esmein : « L'Etat est le sujet et le support de l'autorité publique... Cette autorité, qui *naturellement* ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente quant aux rapports qu'elle régit, s'appelle la souveraineté. Elle a *deux faces :* la souveraineté intérieure ou le droit de commander à tous les citoyens composant la nation et même à tous ceux qui résident sur le territoire national... La souveraineté est la qualité essentielle de l'Etat (*Droit constitutionnel*, 4e édit., 1906, p. 1).

En prenant la souveraineté puissance commandante de l'Etat comme un fait et en observant ses manifes-

tations, il nous semble qu'elle est constituée par les trois éléments suivants. La souveraineté est : 1° un pouvoir de vouloir; 2° un pouvoir de commander; 3° un pouvoir de commander indépendant.

1° *La souveraineté est un pouvoir de vouloir.* — On dira peut-être plus exactement qu'elle est la volonté de cette personne, formée par une corporation territoriale munie d'un gouvernement, qui est l'Etat, en tant qu'elle est investie de certains pouvoirs. Dans la conception française, la souveraineté originaire appartient à la collectivité, à la nation; c'est-à-dire qu'avant que la nation soit organisée en Etat, elle est une personne, possédant une volonté et cette volonté est souveraine. Par un phénomène, du reste inexpliqué, lorsque la nation s'organise en Etat, cette volonté de la nation se communique à l'Etat, bien que son essence reste à la nation. Ou si l'on veut, plus simplement, la nation ne se distingue pas de l'Etat, qui est la nation organisée fixée sur un territoire, et la souveraineté, c'est la volonté de l'Etat-nation. La souveraineté est pour l'Etat-personne, ce qu'est la volonté pour l'individu-personne.

La conception de la souveraineté, volonté de l'Etat, remplit tout le *Contrat social* de J.-J.-Rousseau; c'est la volonté générale dont il est question dans tous les chapitres de l'ouvrage. Un auteur allemand moderne, Gerber, a bien exprimé cette conception : « La puissance de l'Etat, c'est la volonté d'un organisme moral personnellement conçu » (*Staatsrecht*, 3e éd., 1880, p. 19). Comme Rousseau, nos constituants ont vu dans la loi la manifestation par excellence de la souveraineté. L'idée que la loi est la volonté de la société elle-même, du *moi-commun* créé par le contrat social, est une des idées maîtresses du célèbre livre. D'où cette formule qui revient constamment dans les discussions de l'Assemblée de 1789 : « La loi est la volonté des gouvernés », et les définitions données dans l'art. 6 de la Déclaration des droits de 1789 : « La loi est l'expres-

sion de la volonté générale », dans l'art. 4 de la Déclaration des droits de 1793 : « La loi est l'expression libre et solennelle de la volonté générale » et dans l'art. 6 de la Déclaration des droits de l'an III : « La loi est la volonté générale exprimée par la majorité, ou des citoyens ou de leurs représentants ».

La souveraineté étant conçue comme un pouvoir de volonté de l'Etat, il en résulte qu'elle est par là même conçue comme un droit subjectif, dont l'Etat est titulaire. Quoi qu'on fasse, on est toujours obligé de ramener la notion du droit subjectif à celle d'un pouvoir de volonté (v. *supra*, § 1). Quelque fondement que l'on donne au droit subjectif, on ne peut dire d'une personne qu'elle a un droit subjectif que lorsqu'elle peut vouloir effectivement une certaine chose, et que la volonté exprimée en vertu de ce pouvoir s'impose comme telle à d'autres volontés. Or c'est précisément avec ce caractère que nous apparaît la souveraineté. Elle est donc un droit subjectif dont le titulaire est l'Etat.

Ce caractère de la puissance publique, conçue comme droit subjectif de la personne Etat, est accepté par la plupart des jurisconsultes qui ont écrit de nos jours sur le droit public : en Allemagne par Gerber (*Staatsrecht*, 3e édit., 1880), M. Jellinek (*System der subjecktinen Rechte*, 1893 et 1905), Laband (*Droit public*, édit. franç., I, 1900), Rehm (*Staatsrecht*, dans *Handbuch* de Marquardsen, 1900) ; en Italie par M. Orlando, *Principes de droit public* (trad. Bouyssy et Mestre), 1902. Cf. Forti, *Il realismo nel dirrito publico*, 1903 (très important travail où l'auteur a bien voulu discuter en détail les solutions proposées dans notre livre *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901) et Biglioti, *Dirrito internazionale e dirrito costituzionale*, 1904. V. aussi Seidler, *Das juristische Kriterium des Staates*, 1905 ; Affolter, *Zur Lehre von der Persönlichkeit des Staats*, *Archiv für offent. Recht*, XX, 1905, p. 374. En France, cf. Esmein, *Droit const.*, 4e édit., 1906 et Hauriou, *Droit administr.*, 5e édit., 1903. M. Berthélemy, suivant sur ce point M. Ducrocq, au contraire, n'admet pas cette idée, et oppose l'Etat-puissance à l'Etat-personne, qui seul serait titulaire de droits, c'est-à-dire de droits patrimoniaux (*Droit administr.*, 3e édit., p. 45). Nous regrettons que l'auteur ne développe pas sa pensée sur ce point.

De la conception de la souveraineté comme droit subjectif, beaucoup d'auteurs tirent cette conséquence qu'elle doit être construite suivant les procédés de la dialectique juridique. On en tire aussi cette autre conséquence que l'Etat, étant sujet d'un droit, peut et doit être en retour sujet d'obligations, que s'il peut par sa volonté limiter une autre volonté, sa volonté elle-même peut être limitée par le droit d'une autre volonté. Dans quelle mesure et comment ? Ce n'est pas le lieu de le rechercher. Mais ce qu'il faut répéter

(cf. § 16), c'est que l'Etat étant considéré comme un sujet de droit, sa souveraineté étant considérée comme un pouvoir de vouloir, c'est-à-dire comme un droit subjectif, il entre, par là même, dans le monde du droit; il devient, selon l'expression allemande, un *Etat de droit (Rechtstaat)*, et le droit public objectif est comme tout droit objectif un ensemble de règles régissant les volontés, et particulièrement la volonté de l'Etat.

2° *La souveraineté est un pouvoir de commander.* — L'Etat a le pouvoir de vouloir et d'imposer sa volonté. Ce pouvoir appartient à tout sujet de droit voulant dans les limites de sa sphère juridique. Toute personne individuelle ou collective peut imposer sa volonté à d'autres volontés, quand elle veut ce qu'elle a le pouvoir juridique de vouloir. L'Etat a ce pouvoir; mais il a plus que ce pouvoir : il a le pouvoir d'imposer sa volonté comme volonté commandante. Les manifestations de sa volonté ont le caractère impératif; elles sont des ordres.

Les manifestations de la volonté de l'Etat ont-elles toujours le caractère impératif ou ne l'ont-elle que sous cette condition qu'elles se produisent dans les limites du droit, c'est une question qui sera étudiée plus tard et qui ne vient pas ici. V. *infra*, ch. IV, *L'Etat et le droit*.

Le commandement, l'ordre, implique une volonté supérieure qui s'adresse à une volonté inférieure. L'ordre est un acte juridique unilatéral. Mais il y a beaucoup d'actes juridiques unilatéraux qui ne sont pas des ordres. Un acte unilatéral qui n'est pas un ordre peut produire un effet de droit; mais cet effet se produit alors, non pas parce que la volonté de la personne qui fait l'acte est supérieure à d'autres volontés, mais parce qu'elle veut dans les limites de sa capacité juridique et en vue d'un but reconnu légitime par le droit objectif. Au contraire, dans l'ordre, il y a une volonté qui commande, et qui est, par son essence, supérieure aux volontés auxquelles elle commande.

Cela posé, on dit que la volonté de l'Etat est supérieure aux autres volontés se trouvant sur son territoire, qu'elle est une volonté commandante, qu'elle n'est pas seulement une *volonté* juridique, mais qu'elle

est une *puissance* juridique. Il en est ainsi parce que la volonté de l'Etat est par sa nature même supérieure à toute autre volonté individuelle ou collective se trouvant sur son territoire.

Pourquoi la volonté de l'Etat est-elle supérieure aux autres volontés existant sur son territoire ? C'est le problème connu sous le nom de problème de l'origine de la souveraineté. On a indiqué aux §§ 9-13 les diverses doctrines proposées sur cette question, à vrai dire insoluble et aussi le point de vue auquel, à notre estime, il convient de se placer.

Cette conception de la souveraineté, puissance commandante de l'Etat, soulève dans l'application de très grandes difficultés. Si, comme on le dit, par sa nature même, la volonté de l'Etat est une puissance, une souveraineté, elle ne peut jamais perdre ce caractère, l'Etat, au moins sur son territoire, ne peut jamais intervenir que comme puissance publique, et tous les actes faits au nom de l'Etat devront être des actes de puissance publique, c'est-à-dire des actes unilatéraux et contenant un commandement s'imposant comme tel.

Or, cela est absolument contraire aux faits. Il arrive constamment que l'Etat n'agit pas comme puissance publique, qu'il fait des actes qui n'ont pas le caractère de commandement. Il suffit d'indiquer les nombreux contrats que fait l'Etat avec des personnes individuelles ou collectives. Nous ne parlons pas des conventions internationales qui se présentent avec un caractère spécial. L'Etat traite avec un autre Etat; c'est la souveraineté internationale qui se manifeste; ce sont deux personnes souveraines et égales qui entrent en relation. Nous considérons seulement les contrats de droit interne. Comment l'Etat, qui est par définition même la puissance, peut-il être lié par un contrat et par là ne cesse-t-il pas d'être puissance publique?

Le problème n'a point échappé aux publicistes, qui se sont efforcés de lui donner une solution.

Une doctrine, qui jusqu'à ces derniers temps a été très accréditée en Allemagne, résoud la difficulté en disant que l'Etat est *un*, mais *un* en deux personnes, une personne de puissance publique qui, lorsqu'elle intervient, agit par voie de commandement et une personne *fiscale* (le *fiscus*), qui elle n'est point investie de la puissance publique et fait des actes juridiques ordinaires, des contrats notamment, qui n'ont point le caractère d'ordre. Cf. Hatschek, *Die rechtliche Stellung des Fiscus im bürgerlichen Gesetzbuche*, 1899; C. civil allemand, art. 89. S'il est déjà difficile de démontrer que l'Etat forme une personne, il est encore plus difficile, si non impossible, d'établir qu'il en forme deux. Il y aurait là un mystère de la dualité dont on est dans l'impossibilité absolue de donner l'explication. Cette notion de l'Etat conçu comme *fisc* est une survivance injustifiable de la patrimonialité de la souveraineté.

En France, cette théorie n'a jamais eu grand crédit. Pour résoudre le problème, M. Hauriou enseigne que l'Etat est une personnalité juridique, mais une personnalité à *double effet*, qu'il convient d'y rattacher la jouissance de droits privés et celle des droits de puissance publique (*Droit administratif*, 5e édit., 1903, p. 372). Dans ses précédentes éditions M. Hauriou s'était servi de l'expression *personnalité à double face*. C'est aussi l'expression dont se sert M. Michoud (*La responsabilité de l'Etat*, *Revue du droit public*, 1895, II, p. 2). M. Michoud a précisé ses idées dans son livre *La théorie de la personnalité morale*, 1905. Il écrit : « L'Etat puissance publique et l'Etat personne morale de droit privé constituent un seul et même sujet de droit... En matière de contrat, il est inadmissible que l'Etat puissance publique puisse violer sans indemnité le contrat passé par l'Etat personne privée. Les deux actes, contrat et acte d'autorité, sont faits en vue du même intérêt collectif et par conséquent pour le compte de la même personne... Sans doute il peut être utile, à certains points de vue, de distinguer dans l'Etat les *deux faces de sa personnalité* et nous essaierons nous-même de le faire plus tard... » (p. 271, 272 et 276). Cette personnalité à *double effet* ou à *double face* nous a toujours paru aussi mystérieuse que la double personnalité des juristes allemands.

M. Jellinek, qui n'admet pas la doctrine du fisc, expose toute une théorie sur les contrats de l'Etat, qui peut se résumer ainsi. Sans doute l'Etat peut imposer des prestations par son *imperium*, mais ce droit a une limite ; par suite de la *reconnaissance d'un statut négatif* des sujets de l'Etat, il y a nécessairement un domaine dans lequel l'Etat et l'individu sont indépendants l'un de l'autre sur la base de l'ordre juridique existant. Si l'Etat veut, sans changer l'ordre existant, se servir du statut négatif de l'individu, le contrat est le seul moyen juridique de le faire (Jellinek, *System*, 1905, p. 203 et suiv. ; — Cf. *Ibid.*, p. 8, la définition du *statut négatif*). Cette doctrine ne résoud pas le problème. Dans la pensée de l'auteur ce *statut négatif*, ce statut de liberté, est créé par la volonté seule de l'Etat. Cela revient à dire que l'Etat, par sa faculté d'auto-détermination et d'auto-limitation, détermine les cas où il agira par voie de commandement et ceux où il ne pourra intervenir que par voie de contrat. Sans discuter la théorie de l'auto-limitation, il nous semble bien qu'elle n'explique pas comment l'Etat, qui a fait un contrat, peut être lié par ce contrat sans cesser d'être une puissance souveraine.

La conception individualiste, qui est encore dominante dans le droit positif français et dans la doctrine française, explique assez bien le caractère obligatoire des contrats de l'Etat. Par suite de l'existence de droits intangibles appartenant à l'individu, il est un domaine où l'Etat ne peut intervenir comme puissance commandante, et dès lors si l'Etat intervient dans un pareil domaine, il ne

peut le faire que comme personne égale à celle avec laquelle il entre en relation ; par conséquent il intervient alors par voie de contrat, et ce contrat l'oblige parce que, s'il ne l'obligeait pas, il y aurait une atteinte aux droits de l'individu qui s'imposent au respect de l'Etat. Le raisonnement se tient incontestablement, si du moins on admet la conception individualiste. Cependant, même en raisonnant dans cette hypothèse, on n'explique pas ainsi, nous semble-t-il, comment l'Etat peut cesser d'être à certains moments une puissance commandante. La doctrine individualiste permet d'établir une limitation à la souveraineté de l'Etat, mais elle n'explique point comment l'Etat, qui est de nature et par définition une puissance, peut cesser de l'être à un moment donné.

3° *La souveraineté est un pouvoir de commander indépendant.* — Il importe tout d'abord d'éviter une confusion. Quelques auteurs estiment que la souveraineté est le droit qui appartient à l'Etat et seulement à l'Etat de formuler un ordre général ou individuel sans aucune restriction, sans aucune limite, et que tout commandement émanant de l'Etat a une valeur juridique, quel que soit le domaine dans lequel il intervient, quel que soit son contenu. En Allemagne, Seydel (*Grundzüge*, 1873), a écrit à plusieurs reprises (notamment, p. 14) qu'il n'y avait pas de droit au-dessus ou à côté du souverain ; il n'y a de droit que par le souverain (*Herrscher*). A la puissance politique, a-t-on dit, il y a des limites de fait, des limites politiques, des limites morales, mais des limites juridiques, il n'y en a point, et cela est précisément ce qui fait que la puissance étatique est souveraine. V. notamment Saripolos, *L'Election proportionnelle*, I, p. 276.

On a fait très justement observer que c'était là confondre la souveraineté et l'arbitraire. M. Esmein dit très justement (p. 1) dans sa définition de la souveraineté : « Cette autorité qui... ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente *quant aux rapports qu'elle régit...* ». Oui, il y a des rapports qui échappent à la puissance de l'Etat ; il y a un domaine dans lequel la puissance de l'Etat ne peut pas juridiquement intervenir ; et l'existence de ce domaine ne fait point que sa puissance ne soit pas une puissance sou-

veraine. Comment se détermine ce domaine? Là n'est pas la question pour le moment. Qu'on admette que ce domaine est celui des droits individuels naturels, que l'Etat ne peut violer et ne peut restreindre que dans une certaine mesure; qu'on admette comme nous que ce domaine, qui échappe à l'action de l'Etat, est déterminé par le principe de la solidarité sociale; qu'on pense avec Ihering et M. Jellinek que ce domaine, où ne peut intervenir l'Etat, est déterminé par l'Etat lui-même en vertu de son *auto-limitation*, peu importe. L'essentiel est de bien comprendre qu'il y a un domaine qui échappe toujours à l'action de l'Etat, que dire que la souveraineté est un pouvoir-vouloir *indépendant*, ce n'est pas dire qu'elle est un pouvoir-vouloir *illimité*. La souveraineté de l'Etat est un droit, comme tout droit elle ne peut s'exercer que dans certaines limites juridiques. Il faut donc supposer qu'on est dans le domaine de l'action de l'Etat, et, cela supposé, déterminer en quoi consiste cette *indépendance*, qui fait que le pouvoir de commander appartenant à l'Etat est un pouvoir souverain.

Il est bien entendu que la volonté de l'Etat est une volonté qui commande, une volonté qui s'impose aux volontés individuelles et collectives se trouvant sur le territoire national, parce qu'elle est une volonté supérieure à elle. Mais cela posé, on peut concevoir : 1° qu'une volonté qui commande et qui s'impose comme telle à d'autres volontés, ne donne un ordre que parce qu'elle-même reçoit l'ordre de le donner; 2° que d'une manière générale le domaine dans lequel peut se manifester avec efficacité une volonté commandante, puisse être étendu ou restreint par une autre volonté, que la volonté commandante n'ait pas, suivant l'expression allemande, la *compétence de la compétence*. En un mot on peut concevoir qu'une volonté collective soit une volonté commandante, mais qu'elle soit déterminée, dans les commandements qu'elle donne, par une autre volonté qu'elle-même. Une telle volonté,

bien qu'elle soit une volonté supérieure par sa nature à d'autres volontés, bien qu'en vertu même de cette supériorité, elle ait le pouvoir de commander, n'est pas une volonté souveraine et par cela même elle n'est pas une volonté étatique.

L'exemple de la commune française fera bien comprendre le sens de cette proposition. La commune française est une personne collective, avec un territoire propre à elle affecté ; elle a des organes, le maire et le conseil municipal, chargés de la représenter et d'exprimer sa volonté. Cette volonté est une volonté supérieure aux volontés individuelles et collectives se trouvant sur le territoire communal ; en vertu de cette supériorité, la commune possède des droits de puissance publique, notamment elle est titulaire du droit de police communale. On admet aujourd'hui à peu près unanimement que le maire, dans l'exercice de ses fonctions de police, est agent de la commune (L. 5 avril 1884, art. 91 ; cf. cons. d'Etat, 7 juin 1902, S., 1902. III. 81). La commune peut établir certains impôts par une délibération de son conseil municipal exécutoire par elle-même (L. 5 avril 1884, art. 139). Et cependant la commune française n'est pas une collectivité souveraine. Supposé même que ces droits de puissance publique de la commune soient encore plus étendus, celle-ci ne serait pas pour cela une collectivité souveraine. La raison en est que ce n'est pas la commune qui détermine elle-même le domaine dans lequel peut s'exercer son activité commandante, que ce domaine est déterminé par une volonté supérieure à elle, la volonté de la collectivité-Etat dont la collectivité communale est une partie composante. En outre la volonté de l'Etat peut certainement obliger la commune à prendre certaines décisions relatives à l'exercice des droits de puissance publique communale, par exemple relativement à l'exercice des droits de police. C'est ainsi, par exemple, qu'aux termes de l'art. 99 de la loi du 5 avril 1884, le préfet, au nom de

l'Etat, peut mettre le maire d'une commune en demeure de prendre une certaine mesure de police, faute de quoi le préfet la prend lui-même. En obéissant à un ordre de police formulé dans ces conditions, j'obéis à un ordre de la collectivité communale ; l'exercice de la police communale reste toujours l'exercice d'un droit de puissance publique appartenant à la commune ; mais la commune, en formulant cet ordre de police, ne se détermine pas par sa propre volonté et ne fait que se conformer à l'ordre d'une volonté supérieure ; dès lors elle n'est pas souveraine.

Ainsi une collectivité, qui sans doute a le pouvoir de commander et même en fait la force d'imposer l'obéissance à ses commandements, mais qui en formulant ses ordres ne se détermine pas toujours par sa propre volonté, n'est pas une collectivité souveraine, un Etat. Une collectivité n'est souveraine, n'est un Etat que lorsqu'elle se détermine toujours exclusivement par sa propre volonté, c'est-à-dire lorsqu'elle fixe elle-même les limites du domaine dans lequel elle peut commander, et que lorsque l'ordre qu'elle donne n'est jamais provoqué par une volonté supérieure à elle-même, mais donné uniquement parce qu'elle veut le donner. C'est l'idée que veulent exprimer les auteurs qui définissent la volonté souveraine, celle qui se détermine exclusivement par elle-même. C'est aussi ce qu'on veut dire quand on dit que la souveraineté a à la fois un caractère positif et un caractère négatif. Caractère *positif :* la souveraineté est une volonté qui, comme telle, a le pouvoir de commander. Caractère *négatif :* la souveraineté est une volonté qui n'est jamais commandée par une autre volonté.

En résumé, la souveraineté est la volonté de l'Etat-personne qui a, par elle-même, le pouvoir de commander indépendamment de toute autre volonté.

30. Conséquences de cette conception de la souveraineté. — Toute une série de conséquences

résultent de cette conception de la souveraineté, conséquences dont la plupart ont été expressément formulées dans nos constitutions. Cela prouve que la théorie de la souveraineté que l'on vient d'exposer est bien celle qu'ont adoptée nos législateurs constituants.

1° *La souveraineté est une.* — Ce sont les termes mêmes de l'art. 1 du préambule du titre III de la constitution de 1791, de l'art. 25 de la Déclaration de 1793. Cela veut dire que sur un même territoire, il ne peut exister qu'une seule souveraineté, et qu'une même personne ne peut être soumise qu'à une seule souveraineté. Sur le territoire français il ne peut exister qu'une seule souveraineté et les personnes qui se trouvent sur le territoire français ne peuvent être soumises qu'à une seule souveraineté. Supposons en effet, pour le raisonnement, que le même individu soit subordonné à deux volontés qui se disent souveraines, et que ces deux volontés lui commandent des choses contradictoires. Ou bien l'individu considéré, en présence de cette contradiction, ne sera obligé d'obéir ni à l'une ni à l'autre volonté; alors ni l'une ni l'autre ne sera une volonté souveraine. Ou bien au contraire l'individu sera obligé d'obéir au commandement de l'une et par suite de désobéir au commandement de l'autre qui le contredit. Alors l'une des volontés commandantes ne pourra pas imposer son ordre, puisque l'ordre donné par l'autre lui est supérieur et que c'est à cet ordre seulement que doit obéir le gouverné. L'une des volontés commandantes n'est donc pas une volonté indépendante, puisqu'on ne lui doit obéissance que si ses ordres sont conformes à ceux d'une autre volonté; elle n'est donc pas souveraine; et des deux volontés considérées une seule est souveraine.

Sur un même territoire il ne peut exister qu'une seule volonté souveraine. Nous sommes arrivé précédemment à une conséquence analogue (cf. *exclusivité*

du territoire, § 25), en partant de l'idée que le territoire est un élément de la personnalité de l'Etat. Nous y sommes conduit maintenant en partant de la notion seule de souveraineté et en faisant abstraction du territoire conçu comme élément subjectif de l'Etat. Si, laissant de côté le caractère subjectif du territoire, on admet comme nous (cf. § 26) que le territoire est limite de la puissance commandante de l'Etat, c'est-à-dire détermine les hommes sur lesquels s'exerce cette puissance, nous revenons à l'hypothèse précédente, et on doit dire encore : sur un même territoire ne peuvent coexister une ou plusieurs volontés souveraines, parce que les hommes qui habitent ce territoire ne peuvent être soumis à deux ou plusieurs souverainetés.

Si au contraire on estime avec quelques auteurs que le territoire est objet même de la souveraineté, un même territoire ne peut être l'objet de deux souverainetés, parce que la souveraineté est une supériorité absolue qui n'est susceptible ni de plus ni de moins et que de toutes les volontés qui se manifestent sur un territoire donné, une seule peut présenter ce caractère. Et, en effet, si un même territoire était soumis à deux volontés souveraines et que leurs manifestations fussent contradictoires, ou bien ni l'une ni l'autre ne s'imposerait et alors aucune ne serait souveraine, ou la manifestation de l'une s'imposerait au détriment de l'autre qui serait obligée de céder et qui par conséquent cesserait d'être souveraine.

2° *La souveraineté est indivisible.* — Le principe de l'indivisibilité de la souveraineté était déjà affirmé par J.-J. Rousseau au *Contrat social* au livre III, chap. II, parce que la souveraineté n'est autre chose que la volonté de la personne collective et que toute volonté est indivisible comme la personne même qui lui sert de support.

Depuis 1789, le principe de l'indivisibilité de la souveraineté est une sorte de dogme. Il est solennelle-

ment proclamé dans plusieurs de nos constitutions. « La souveraineté est... indivisible. Elle appartient à la nation ; aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice » (Const. 1791, tit. III, art. 1) ; « ... La souveraineté est indivisible » (Déclaration des droits de 1793, art. 25).

De l'indivisibilité de la souveraineté découle un autre dogme, le dogme de la République une et indivisible, proclamé par la Convention dès le 24 septembre 1792 : « La Convention nationale déclare que la République française est une et indivisible », et proclamé depuis à nouveau par toutes nos constitutions républicaines jusqu'en 1848 : Const. de 1793, art. 1 ; an III, art. 1 ; an VIII, art. 1 ; 1848, Pr., art. II et art. 48. La règle de l'indivisibilité de la République est du reste bien moins une conséquence de l'indivisibilité de la souveraineté qu'un principe d'organisation républicaine de la souveraineté. En vertu de ce principe, dans aucun Etat et particulièrement dans aucun Etat républicain, un homme, un corps, une section du peuple, une circonscription ne peuvent prétendre avoir une portion quelconque de la souveraineté. De là il résulte d'abord que l'électeur ne peut pas prétendre qu'il est titulaire d'une quote-part de la souveraineté, que l'individu membre de la nation n'a pas comme tel droit à être électeur, et que le législateur peut déterminer les conditions auxquelles un individu doit être électeur (V. le développement de cette idée, § 23).

Il résulte aussi de l'indivisibilité de la souveraineté et de la république, qu'aucune collectivité ne peut être investie d'une quote-part de la souveraineté, et que le *fédéralisme*, contradictoire avec la nature même de la souveraineté, est contraire aux principes essentiels du droit public français. On connaît la rigueur avec laquelle la Convention appliqua ces principes et comment les Girondins tombèrent, le 31 mai 1793, sous l'accusation de *fédéralisme*.

Il est incontestable que, logiquement, l'existence dans un pays de collectivités territoriales distinctes de l'Etat et investies de droits de puissance publique, est en contradiction avec la conception française de la souveraineté une et indivisible. Cette contradiction existe non seulement lorsque ces collectivités locales sont déclarées être des Etats souverains, comme les Etats-membres de l'Union américaine ou les cantons de la Suisse, mais encore même lorsqu'elles sont considérées seulement comme des circonscriptions administratives décentralisées. La commune française (cf. § 29, nº 3) a, d'après une opinion aujourd'hui presque unanimement acceptée, des droits de puissance publique; ces droits ne peuvent être qu'une portion détachée de la souveraineté nationale; et cela est contraire au principe de l'indivisibilité de la souveraineté. On dit bien que ces droits sont concédés par l'Etat, qui peut toujours retirer cette concession. Sans doute; mais tant que cette concession subsiste la souveraineté est démembrée. Pour qu'elle ne le fût point, il faudrait que la commune exerçât comme organe, comme représentant, ces droits de puissance dont le seul titulaire resterait l'Etat. Mais cela serait justement le contraire de ce qu'on dit exister en droit français. En résumé, la souveraineté étant indivisible, logiquement, sur un même territoire, une seule personne peut posséder des droits de puissance publique, l'Etat; et il n'y a et il ne peut y avoir qu'un Etat. Pour la question de la souveraineté dans les Etats fédéraux, v. les §§ 31 et 32.

On a parfois décidé que l'indivisibilité de la souveraineté devait avoir pour conséquence l'unité de la représentation populaire, c'est-à-dire que dans une constitution logiquement ordonnée le parlement, corps représentatif de la volonté nationale, ne devait se composer que d'une seule assemblée. Lorsque la question de la dualité du parlement se posa en 1789, en 1791 et en 1848, le principal argument qu'on fit valoir, surtout en 1848, pour établir l'unité du parlement, fut de dire : la souveraineté étant *une* dans son essence ne peut être qu'une dans sa représentation. Cf. rapport d'Armand Marrast, rapporteur de la constitution de 1848, *Moniteur*, 31 août 1848. Cet argument n'est certainement pas suffisant pour priver un pays des avantages incontestables que présente la dualité du parlement. Mais, en même temps, on comprend aisément que ce raisonnement fit une grande impression sur des esprits passionnés de logique. Si

en effet, d'une part, on admet l'existence d'une volonté nationale souveraine, et, d'autre part, une représentation de cette volonté souveraine, en ce sens qu'une autre volonté prend les lieu et place de la volonté nationale, de même qu'il n'y a qu'une volonté représentée, de même il ne peut y avoir qu'une volonté représentante; de même qu'il n'y a qu'une souveraineté directe, de même il ne peut y avoir qu'une souveraineté par représentation. Cf. sur la question des deux Chambres, § 56.

Une dernière conséquence résulte logiquement de l'indivisibilité de la souveraineté, c'est l'impossibilité de créer une séparation des pouvoirs.

Rousseau l'avait bien compris et dans un passage curieux il écrit : « Mais nos politiques ne pouvant diviser la souveraineté dans son principe la divisent dans son objet; ils la divisent en forme et en volonté, en puissance législative et en puissance exécutive, en droit d'impôts, de justice et de guerre, en administration intérieure et en pouvoir de traiter avec l'étranger ; tantôt ils confondent toutes ces parts et tantôt ils les séparent. Ils font du souverain un être fantastique et formé de pièces rapportées; c'est comme s'ils composaient l'homme de plusieurs corps, dont l'un aurait les yeux, l'autre les bras, l'autre les pieds et rien de plus. Les charlatans du Japon dépècent, dit-on, un enfant aux yeux des spectateurs, puis jetant en l'air tous ses membres l'un après l'autre, ils font retomber l'enfant vivant et tout rassemblé. Tels sont à peu près des tours de gobelet de nos politiciens; après avoir démembré le corps social, par un prestige de la foire, ils rassemblent les pièces on ne sait comment » (*Contrat social,* livre II, chap. II).

Rousseau avait absolument raison. Avec l'idée de souveraineté indivisible la séparation des pouvoirs, telle que l'ont comprise les auteurs de la Déclaration des droits de 1789 (art. 16), de la constitution de 1791 (tit. III, pr.), de la Déclaration des droits (art. 22) et de la constitution de l'an III (art. 45) et de la constitution de 1848 (art. 19) est logiquement impossible. En effet, dans la conception que nos constituants ont voulu réaliser, les pouvoirs étaient des portions démembrées de la souveraineté et confiées à des organes distincts et non pas seulement des fonctions exercées séparément par des organes distincts

au nom d'une souveraineté restée une et indivisible. Les trois organes créés : parlement, chef de l'Etat, ordre judiciaire n'étaient pas seulement *investis de fonctions différentes ;* ils devenaient *titulaires chacun d'une quote-part de la souveraineté*, et c'est pour cela même qu'ils étaient des pouvoirs. On créait trois souverains : l'un dans l'ordre législatif, l'autre dans l'ordre exécutif, le troisième dans l'ordre judiciaire. Kant était seul vraiment logique quand il déclarait que dans la souveraineté *une*, il y avait trois personnes souveraines distinctes, dont la réunion ne formait cependant qu'une seule personne souveraine, celle de l'Etat. Nouveau mystère de la Trinité que nous ne nous chargeons pas d'expliquer (Kant, *Théorie du droit*, édit. franç., 1855, p. 175 et 180. — Cf. *infra*, § 54).

Lorsqu'en 1789-91 on voulut proclamer le principe de la séparation des pouvoirs, divers orateurs, et particulièrement Rœderer, soutinrent fortement que le système des trois pouvoirs était en contradiction complète avec le principe de l'indivisibilité de la souveraineté. Mais on croyait lire au Livre XI de l'*Esprit des lois* cette théorie de la séparation des pouvoirs, et l'on passa outre aux arguments logiques de Rœderer (Discours du 10 août 1791, *Archives parl.*, 1re série, XXIX, p. 323). En 1848, l'objection ne fut même pas faite, et on ne comprit pas que si l'on eût peut-être violé en établissant une seconde chambre le principe de l'indivisibilité de la souveraineté, on lui portait une atteinte bien plus grave en proclamant et en organisant la séparation des pouvoirs. Seuls les constituants de 1793 étaient dans la logique en rejetant la séparation des pouvoirs, et en déclarant que « la garantie sociale ne peut exister, *si les limites des fonctions publiques ne sont pas clairement déterminées par la loi* » (Déclaration des droits de 1793, art. 23). Cf. Duguit, *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, 1893 et *infra*, §§ 54 et 55.

3° *La souveraineté est inaliénable.* — Chacun sait que Rousseau a développé cette idée au chapitre I du Livre II du *Contrat social* où nous relevons le passage suivant : « Je dis donc que la souveraineté n'étant que l'exercice de la volonté générale ne peut jamais s'aliéner et que le souverain qui n'est qu'un être collectif ne peut être représenté que par lui-même : le pouvoir peut bien se transmettre, mais pas la vo-

lonté ». L'auteur du *Contrat social* était dans la pure logique du système : la souveraineté est la personnalité de la nation en tant qu'elle est douée d'une volonté commandante ; or il est évident qu'une personnalité ne peut pas s'aliéner. En s'aliénant, elle disparaît ; elle cesse d'être une personne. Sans doute la souveraineté est un droit, et un droit peut s'aliéner. Mais la souveraineté est un droit qui est constitué par le caractère même de la personnalité qui en est titulaire. C'est parce que la nation est la nation qu'elle a la souveraineté, et si elle aliénait la souveraineté, elle disparaîtrait comme nation. En d'autres termes, la souveraineté est à la fois et d'une manière indivisible la personnalité de la nation et le droit de commander : la nation ne peut aliéner celui-ci sans aliéner celle-là. Or comme la personnalité de la nation est inaliénable, sa souveraineté l'est aussi.

Nos constitutions ont affirmé, d'une manière très nette, le principe de l'inaliénabilité de la souveraineté. La disposition de l'art. 1, du préambule du titre III de la constitution de 1791 : « La souveraineté est inaliénable » reparaît à l'art. 25 de la Déclaration des droits de 1793, aux art. 17 et 18 de la Déclaration de l'an III et aux art. 1 et 18 de la constitution de 1848. Nos constituants de 1791 et de 1793, en reproduisant la formule de Rousseau, voulaient comme lui protester contre les doctrines, antérieures au XVIII[e] siècle, qui, tout en proclamant le principe de la souveraineté du peuple, enseignaient cependant que celui-ci pouvait abdiquer son pouvoir entre les mains d'un prince, et particulièrement contre la doctrine de Hobbes, qui, tout en plaçant la souveraineté originaire dans le peuple, aboutissait cependant au pur despotisme (cf. *supra*, § 11). D'autre part, l'affirmation de l'inaliénabilité de la souveraineté impliquait l'abandon complet de la vieille conception de l'Etat patrimonial, suivant laquelle la souveraineté est une propriété qui, en principe, peut être aliénée comme toute propriété.

Rousseau allait plus loin et de l'inaliénabilité de la souveraineté il déduisait qu'elle ne pouvait pas être représentée. Les constituants de 1793 ont essayé de réaliser dans le fait, au moins en partie, la doctrine de Rousseau; mais leur constitution ne fut pas appliquée. En 1791 et en 1848, au contraire, on affirma que la souveraineté qui appartient à la nation ne peut s'exercer que par représentation. On étudiera plus tard le système de la représentation et on recherchera si, comme le prétendait Rousseau, la représentation est contraire au principe de l'inaliénabilité de la souveraineté. Cf. §§ 51-53.

4° *La souveraineté est imprescriptible.* — Les textes qu'on vient de rapporter au numéro précédent et qui consacrent l'inaliénabilité de la souveraineté, consacrent aussi son imprescriptibilité; l'une est évidemment impliquée par l'autre. Pourquoi a-t-on cru nécessaire en 1791 d'affirmer que la souveraineté était non seulement inaliénable, mais aussi imprescriptible? C'était encore pour rompre définitivement avec la conception de l'Etat patrimonial et condamner expressément la doctrine de certains jurisconsultes de l'ancien régime, qui soutenaient que peut-être la puissance publique originaire avait appartenu au peuple, mais que les rois et particulièrement les rois de France avaient, au moyen d'une longue possession, acquis par prescription la propriété de la puissance publique.

Loyseau notamment avait écrit : « Il y a longtemps que tous les rois de la terre ont prescrit la *propriété* de la puissance souveraine » (*Traité des offices,* livre II, chap. II, n° 28, Paris, 1640, p. 128).

La souveraineté étant imprescriptible, si un prince, un usurpateur quelconque exerçait en fait par lui-même ou par ses héritiers, pendant un temps quelconque, les prérogatives de la souveraineté, il ne l'aurait point acquise quelque temps qu'eût duré cette possession. L'usurpation reste une usurpation. Si un individu exerce en fait, parce qu'il dispose d'une force prépondérante, les prérogatives de la souveraineté, le peuple reste toujours une personne consciente et voulante, et comme cette personnalité du peuple est précisément la souveraineté, celle-ci reste intacte dans le peuple.

Observation. — Nous avons dit au § 28 que l'on se demandait si la notion de souveraineté en droit interne coïncidait avec la notion de la souveraineté en droit international. Sans vouloir donner une solution ferme à la question, nous faisons remarquer qu'en droit international comme en droit interne la souveraineté a pour support la personnalité d'une nation fixée sur un territoire et organisée, en un mot la personnalité de l'Etat, et que cette personnalité s'impose au respect des autres personnalités. Seulement dans les rapports internationaux, elle se trouve en présence de personnalités souveraines comme elle, et les rapports de droits qui naissent sont des rapports entre personnalités égales. Au contraire, en droit interne l'Etat-personne se trouve en rapport avec des personnalités qui lui sont inférieures par nature et les rapports qui naissent alors sont des rapports de commandant à commandé, de gouvernant à gouverné.

Bref, il semble bien que la souveraineté interne et la souveraineté externe reposent l'une et l'autre sur une même conception; mais par la force des choses leurs manifestations apparaissent sous un aspect différent.

Cela dit, il nous paraît difficile d'admettre, comme le font cependant couramment les internationalistes français, qu'un Etat ait la souveraineté interne et non la souveraineté externe; car cet Etat est ou n'est pas une personne s'imposant au respect de toutes les personnalités; s'il ne l'est pas, il n'est pas un Etat; et s'il l'est, il doit l'être dans les relations externes comme dans les relations internes. Dire d'un Etat qu'il n'a pas la souveraineté externe, n'est-ce pas dire qu'il n'est pas un Etat?

Sur ces divers points, cons. les études de M. Pillet, *Les droits fondamentaux des Etats, Revue de droit intern. public,* V, 1898, particul. p. 239 et suiv.; et Mérignhac, *Droit public internat.,* 1905, I, p. 162 et suiv.

31. Notion de la souveraineté conçue comme un caractère particulier de la puissance publique. — La théorie de la souveraineté a été élaborée en vue des Etats dits Etats *unitaires*. Notre droit public, issu de la Révolution, est un droit essentiellement unitaire. L'unité, l'indivisibilité de la nation et de la souveraineté qui lui appartient, de la république qui en est la forme politique organisée, ont été affirmées comme un dogme intangible; et on a déjà rappelé comment le parti girondin fut proscrit et tomba sous l'accusation plus ou moins fondée de fédéralisme. Mais pendant le xix[e] siècle se sont constituées des formations politiques, auxquelles on a été dans l'impossibilité d'appliquer la théorie de la souveraineté unitaire. Ce sont d'abord les Etats fédéraux, dont le type a été donné par les Etats-Unis de l'Amérique du Nord. Là, sur un même territoire, commandent deux Etats, existent deux souverainetés, la souveraineté de l'Etat fédéral lui-même, et la souveraineté de l'un des Etats-membres,

dont la réunion forme l'Etat fédéral. En outre le citoyen de New-York, par exemple, se trouve soumis à la souveraineté de l'Etat de New-York et à celle de l'Union américaine. Or, on l'a vu précédemment, la souveraineté est *une* par définition, et le même territoire, le même homme ne peuvent être soumis à deux souverainetés. D'autre part, il s'est formé, sous le nom d'Etats protégés, des groupes politiques qui ont conservé le nom d'Etat, qui exercent une puissance commandante sur des sujets, mais qui dépendent cependant de la puisance d'un autre Etat. L'étendue de cette dépendance est très variable; mais elle existe néanmoins, et dès lors fait disparaître la souveraineté. Cependant on ne peut pas dire qu'un pays comme la Tunisie, par exemple, ne soit qu'une province française. La Tunisie a conservé le nom d'Etat; son bey parait bien avoir tous les caractères d'un chef d'Etat. Comment appliquer ici et dans tous les cas analogues la théorie classique de la souveraineté? Il semble bien que cette théorie se heurte à des faits certains, qu'il est complètement impossible de faire entrer dans ses cadres rigides.

Ce sont les auteurs allemands qui ont surtout aperçu ces graves difficultés, quand ils ont voulu faire la construction juridique de l'empire allemand. Ils se sont trouvés en présence de ce problème : expliquer comment sur un même territoire, par exemple le territoire prussien, coexistent la puissance politique de l'Empire allemand et la puissance politique de l'Etat prussien. La Prusse a subsisté comme Etat; si la souveraineté est un élément de l'Etat, la Prusse possède la souveraineté. L'empire a été créé comme Etat en 1871; il a donc aussi la souveraineté; et sur le même territoire existeraient deux souverainetés, ce qui est impossible.

C'est pour écarter cette antinomie que certains auteurs allemands et particulièrement MM. Jellineck, Laband et Rehm ont imaginé une théorie de la souveraineté suivant laquelle la souveraineté n'est pas la puissance même de l'Etat; elle est seulement un caractère que peut avoir, mais que n'a pas nécessairement la puissanee étatique, de telle sorte qu'il peut y avoir des Etats *non-souverains*. Ainsi l'antinomie signalée plus haut disparaît, puisque l'Etat-membre pouvant exister comme Etat sans avoir la souveraineté, il n'y aura sur le même territoire qu'une seule souveraineté, et aussi puisque le pays protégé pourra être un Etat, sans avoir l'indépendance complète, c'est-à-dire la souveraineté. Qu'est-ce donc dans cette théorie que la souveraineté?

Tout Etat, dit-on, a la puissance commandante, et il ne peut y avoir d'Etat que s'il y a puissance commandante, c'est-à-dire pouvoir de formuler des ordres s'imposant par eux-mêmes, parce qu'ils émanent d'une puissance supérieure, qui est précisément l'Etat. Le pouvoir de formuler des ordres (les auteurs allemands disent souvent des ordres *inconditionnés*) est ce qu'ils appellent la *Herrschaft*; tout Etat par définition même possède la *Herrschaft*. Mais cela n'est point la souveraineté; la souveraineté est un caractère

qui appartient souvent à la puissance politique, mais qui ne lui appartient pas toujours. La collectivité politique sera une collectivité souveraine, un Etat souverain, aura un pouvoir politique souverain, seulement quand elle pourra déterminer elle-même le domaine dans lequel elle peut exercer son pouvoir de donner des ordres inconditionnés, sa *Herrschaft,* ou sous une autre forme, quand le domaine dans lequel elle exercera son pouvoir de donner des ordres inconditionnés ne sera pas déterminé par une autre volonté que la sienne. D'après une formule déjà indiquée, un Etat est un Etat souverain lorsque et seulement lorsqu'il a « la compétence de la compétence ».

Si l'on applique les conséquences de cette idée, on arrive aux résultats suivants. L'Etat-membre d'un Etat fédéral est un Etat, parce que, au moins dans un certain domaine, il peut formuler des ordres *inconditionnés,* s'imposant comme tels; il a la *Herrschaft;* mais il n'est pas un Etat souverain, parce que ce n'est pas lui-même qui, par sa propre volonté, détermine le domaine dans lequel il peut exercer sa puissance de donner des ordres. Ce domaine est déterminé par l'Etat fédéral qui est seul souverain, ou du moins par la constitution fédérale; mais elle est l'œuvre de l'Etat fédéral. De même l'Etat protégé est un Etat, parce que quelque étendu que soit ce protectorat, il reste toujours un certain domaine dans lequel l'Etat protégé exerce une puissance commandante. Mais il n'est point un Etat souverain, parce que son activité commandante ne s'exerce pas d'une manière indépendante.

Peut-il y avoir ainsi des Etats non souverains ? Assurément oui, répond-on. « La souveraineté et la puissance politique, dit M. Jellinek, ne sont pas des catégories absolues, mais des catégories historiques. Il y a toujours eu et il y a notamment encore des Etats non souverains ». L'histoire de la souveraineté prouve, dit-on, que jusqu'à la fin du XVIe siècle on a toujours compris la souveraineté, non pas comme la puissance politique elle-même, mais comme un caractère appartenant à certaine puissance politique. Ce n'est qu'au XVIe siècle, par un étrange abus de mots et par une confusion due en grande partie à Bodin, qu'on a confondu la souveraineté avec la puissance politique, ou plus exactement avec l'ensemble des prérogatives du pouvoir royal (Bodin, *Les six Livres de la République,* liv. III, chap. VIII et X). Mais la souveraineté n'était d'abord que le caractère des puissances non tributaires et non vassales; au moyen âge et à l'époque moderne beaucoup de puissances, reconnues d'une manière incontestée comme des Etats, étaient cependant des puissances tributaires ou vassales et, par conséquent, des puissances non souveraines. Il suffit de citer les grandes seigneuries féodales vassales du roi de France. De même, de nos jours, il y a encore des Etats non souverains, par exemple les Etats protégés et les Etats membres des Etats fédéraux. En comprenant que ces pays sont des Etats, mais des Etats non souverains, toute difficulté

disparaît, car on ne peut plus objecter que le même territoire, les mêmes individus sont soumis à deux souverainetés, puisque seul l'Etat fédéral ou l'Etat protecteur possède la souveraineté.

Pour cette théorie de la souveraineté, cf. Laband, *Droit public*, édit. franç., 1900, I, p. 56 et suiv.; Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, p. 61 et 107 et suiv., dans *Handbuch* de Marquardsen; Jellinek, *Staatenverbindungen*, 1883 et *Allgemeine Staatslehre*, 2e éd., 1905, p. 470 et suiv.; Rosenberg, *Archiv für. offent. Recht*, XIV, 1899, p. 328. Cf. aussi pour une théorie un peu différente, Burckhardt, *Schweizerische Bundesverfassung*, 1905, p. 13 et suiv.

MM. de Lapradelle et Michoud sont les deux seuls auteurs français qui, à notre connaissance, aient nettement accepté cette conception de la souveraineté. Dans leur article *La question finlandaise*, *Revue du droit public*, 1901, I, p. 41 et suiv., ils soutenaient qu'il peut y avoir des Etats non souverains, c'est-à-dire des Etats subordonnés à d'autres Etats et que « la qualité d'Etat existe dès qu'il s'agit de droits de puissance publique et qu'ils sont protégés contre une atteinte par une délimitation juridique » (p. 55). M. Michoud a repris cette thèse dans son livre *Théorie de la personnalité morale*, 1906. Il écrit à la p. 239 : « Si l'Etat exerce tous ses droits de puissance librement, il est un Etat souverain. Mais alors même qu'il est limité à l'égard de quelques-uns d'entre eux par une puissance étrangère ou supérieure, il n'en résulte pas qu'il perde le caractère d'Etat ».

Cette théorie occupe une trop grande place dans la doctrine du droit public moderne, pour que nous ayons pu nous dispenser de l'exposer; mais il ne nous est pas possible de la discuter dans le détail. Nous ferons seulement observer qu'elle rencontre une objection très grave à laquelle on ne fait point de réponse satisfaisante. Si l'on admet qu'il y a des Etats non souverains, subordonnés dans une mesure plus ou moins grande à un Etat souverain, on est bien obligé de reconnaître qu'il existe aussi des collectivités territoriales, investies de droits de puissance publique et qui ne sont certainement pas des Etats; il suffit de citer les circonscriptions décentralisées d'un Etat unitaire qui, comme la commune française ou les provinces de certains pays (par exemple de l'Autriche-Hongrie), ont des droits de puissance publique plus ou moins étendus et qui ne sont certainement pas des Etats, et aussi certaines colonies de grands pays européens, qui ont une autonomie plus ou moins étendue et qui ne sont pas non plus des Etats. Nous ne voulons pas d'ailleurs discuter la question de savoir si le *Dominion* canadien et la *Commonwealth* australienne sont des Etats ; mais nous tendons à croire qu'ils ne le sont pas et qu'ils ne sont en réalité que des provinces de l'empire britannique fortement décentralisées. Dans ces conditions, avec la théorie des Etats *non souverains*, à quel critérium pourra-t-on distinguer les Etats non souverains, par exemple les Etats-membres d'un Etat fédéral et les

collectivités décentralisées d'un Etat unitaire? Les auteurs qui admettent l'existence d'Etats non souverains cherchent vainement à déterminer ce critérium. On dit habituellement que ce qui distingue l'Etat non souverain et la collectivité décentralisée, ce n'est pas l'étendue de la puissance, mais ceci que le droit de puissance qu'exerce la collectivité décentralisée est un droit *étranger* et le droit de puissance exercé par l'Etat non souverain est un droit *propre* (Laband, *loc. cit.*, I, p. 66). On a critiqué très justement cette formule : un droit propre, a-t-on dit, est un droit qui appartient à celui qui l'exerce, un droit étranger est celui qui n'appartient pas à celui qui l'exerce; voilà toute la différence qui peut exister entre un droit propre et un droit étranger. Or par définition même l'unité décentralisée exerce bien un droit dont elle est titulaire: donc comme un Etat non souverain elle exerce un droit propre. Que ce droit résulte d'une concession de l'Etat ou d'une autre cause, peu importe, il est un droit propre puisqu'il a pour titulaire le sujet de droit qui l'exerce.

On a alors modifié la formule et on a dit: le droit de puissance d'un Etat non souverain est un droit *originaire*, et celui d'une unité décentralisée est un droit *dérivé* ou *concédé*. La formule n'est pas meilleure que la précédente. D'abord la différence de source du droit n'implique point une différence dans la nature du droit; le droit de propriété est toujours le même qu'il soit né de l'occupation ou d'une transmission; le droit de puissance est toujours le même qu'il soit originaire ou dérivé. D'autre part, il n'est pas vrai de dire que le droit des unités décentralisées soit toujours un droit dérivé. En France, avant 1789, beaucoup de communes ont toujours été considérées comme ayant certains droits publics à elles *propres*, leur appartenant originairement sans concession du roi, et ces droits paraissent bien avoir été reconnus par l'art. 49 de la loi du 14 décembre 1789, qui parle des « fonctions *propres* au pouvoir municipal ». A l'inverse il n'est point exact de dire que le droit de puissance d'un Etat non souverain soit toujours un droit originaire, jamais un droit concédé. Dans un pays d'abord unitaire et qui s'organise fédéralement, comme le Brésil en 1891, peut-on dire que le droit de puissance des Etats-membres soit un droit originaire, n'est-il pas au contraire le résultat d'une concession de l'Etat central?

M. Jellinek, comprenant la faiblesse des critères proposés, a essayé, dans son livre *Allgemeine Staatslehre*, p. 475, de préciser la différence qui sépare les unités décentralisées et les Etats non souverains, et il a cru la trouver dans ce qu'il appelle l'*auto-organisation*. L'Etat seul, même non souverain, possède, dit-il, le pouvoir de s'organiser par ses propres lois; l'unité décentralisée n'a point ce pouvoir; la loi organique est toujours une loi de l'Etat dont elle dépend. Ce critérium ne vaut pas mieux que les autres. M. Gierke a fait observer que pareille autonomie appartient à cer-

taines villes, à certaines provinces qui ne sont certainement pas des Etats; et d'autre part, pour les Etats-membres d'un Etat fédéral le pouvoir constituant peut être considérablement réduit, par exemple les constitutions fédérales suisse et américaine interdisent aux Etats d'adopter une autre forme politique que la République Gierke, *Jahrbücher de Schmoller,* VII, 1883, p. 1130). Il n'est pas vrai non plus de dire encore avec M. Jellinek, que ce qui caractérise l'Etat, même non souverain, c'est que lui seul, et non pas l'unité décentralisée, a tous les attributs de la puissance politique, pouvoir législatif, pouvoir administratif, pouvoir juridictionnel, sans doute réduits à un certain domaine qu'il ne fixe pas lui-même, mais existant tous. Et en effet nos communes françaises ont eu, à un certain moment, la législation, la juridiction, l'administration; elles n'étaient point cependant des Etats, mais seulement des corps décentralisés. Aujourd'hui encore, elles ont une sorte de pouvoir constituant, elles organisent leur police quand elles ont moins de 40.000 habitants (L. 5 avril 1848, art. 103); elles ont le pouvoir législatif, le maire fait des règlements de police qui, au point de vue matériel, sont de véritables lois; et jusqu'à la loi du 27 mai 1873 les maires avaient des attributions juridictionnelles. Il ne viendra à l'idée de personne de dire que les communes françaises du XIXe siècle étaient des Etats non souverains.

D'après M. Michoud, le critérium de la distinction entre les Etats et les collectivités décentralisées est le suivant : « Le pouvoir qui domine l'Etat non souverain est juridiquement limité, il ne peut détruire entièrement les droits de puissance publique, qui appartiennent à cet Etat, que par la force brutale. Au contraire le pouvoir qui domine la commune ou la province peut, sans violer le droit, diminuer ou même supprimer les droits de puissance qui appartiennent à ces personnes » (Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1906, p. 239. — Cf. Michoud et de Lapradelle, *La question finlandaise, Revue du droit public*, 1901, I, p. 42 et suiv.).

Est-ce que le raisonnement de M. Michoud ne ressemble pas un peu à un cercle vicieux ? En effet, il dit qu'on reconnaît l'Etat non souverain à ce que l'Etat auquel il est subordonné ne peut lui enlever juridiquement sa situation. Mais est-ce qu'en même temps on ne conclut pas, de ce qu'une collectivité subordonnée est un Etat, que sa situation ne peut lui être enlevée ? Est-ce bien l'*intangibilité* de la situation qui fait l'Etat? Ou n'est-ce pas plutôt parce que la collectivité est un Etat, que sa situation est intangible? Ajoutons qu'il ne nous paraît pas du tout établi que dans un Etat fédéral, constitué comme le Brésil en 1891, par un acte purement unilatéral, le gouvernement central ne puisse pas juridiquement par sa seule volonté supprimer les Etats-membres. D'autre part, en Allemagne, si on reconnaît que l'empire ne peut pas supprimer un Etat-membre, on admet qu'il pourrait, par un changement de la constitution, acte unilatéral, modifier la sphère juridique des Etats (Laband,

Droit public, édit. franç., 1900, I, p. 115). Aux Etats-Unis, les amendements à la constitution, 13, 14 et 15 de 1865, 1866 et 1869 ont sensiblement restreint, au point de vue notamment de la législation électorale, le pouvoir législatif des Etats. Si la sphère d'activité juridique des Etats-membres peut être ainsi diminuée par un acte unilatéral de l'Etat central, pourquoi ne pourrait-elle pas être entièrement supprimée? — Pour la question des droits des cantons suisses à l'égard du pouvoir central, cf. Burckardt, *Schweizerische Bundesverfassung*, 1905, p. 21 et suiv.

De tout cela nous croyons donc qu'on peut conclure, comme M. Gierke (*Jahrbücher de Schmoller*, VII, 1883, p. 1137), que c'est une recherche vaine que de vouloir trouver une différence entre un Etat *non souverain*, dépendant d'un Etat souverain, et la circonscription décentralisée d'un pays unitaire. — Cf. aussi pour la critique de la théorie des Etats non-souverains, Mérignhac, *Droit public internat.*, 1905, I, p. 173 et suiv.

32. La question de la souveraineté dans l'Etat fédéral. — On vient de voir au § 31 que le besoin de faire la construction juridique des Etats fédéraux et des Etats protégés avait donné naissance à une théorie particulière de la souveraineté et à la doctrine d'après laquelle il existe des Etats non souverains. Mais il n'est pas inutile de consacrer quelques lignes particulièrement aux Etats fédéraux. Cette forme politique a eu au XIXe siècle une fortune singulière. La constitution fédérale des Etats-Unis de l'Amérique du Nord, établie à la fin du XVIIIe siècle, a servi de modèle à presque tous les pays américains, et aujourd'hui le Mexique, le Brésil, le Vénézuéla, la République Argentine, pour ne citer que les principaux, sont constitués en la forme fédérale. Qu'on les considère comme des Etats ou comme des provinces décentralisées de l'Empire britannique, le Dominion canadien et la Commonwealth australienne ont aussi adopté la forme fédérale. En Europe, la Suisse est une république fédérale, et l'Empire allemand, bien qu'il reste encore quelques traces de l'ancienne Confédération allemande, est surtout un empire fédéral. Si dans un avenir plus ou moins lointain l'unité politique de l'Europe s'établit, ce sera très probablement en la forme fédérale.

Réduit à ses éléments simples, l'Etat fédéral est un Etat qui se compose d'un certain nombre d'Etats, ou *Etat d'Etats* suivant l'expression allemande (*Staatenstaat*), de telle sorte que qui veut faire la théorie de l'Etat fédéral doit ajouter aux éléments déterminés précédemment (Nation, territoire, souveraineté) un quatrième élément, l'union d'un certain nombre d'Etats. De cette structure il résulte que les manifestations politiques qui se produisent dans un Etat fédéral sont de deux ordres : les manifestations de l'Etat fédéral lui-même et celles des Etats composants, appelés Etats-membres; il y a la puissance publique de l'Etat fédéral et la puissance publique de chacun des Etats-membres.

Il faut se garder de confondre l'Etat fédéral (*Bundesstaat*) et la *confédération d'Etats* (*Staatenbund*). Dans la confédération d'Etats, il n'y a pas d'Etat central; existe seulement la puissance politique de chacun des Etats confédérés. Chaque membre de la confédération conserve son autonomie entière; seulement il est convenu, par un contrat de droit international, que certaines affaires considérées comme étant d'intérêt commun, seront réglées et gérées en commun. L'assemblée qui gère ces affaires n'est pas le parlement d'un Etat; elle est une conférence diplomatique composée des délégués de chaque Etat. Dans l'Etat fédéral, au contraire, il y a un Etat central; et les organes fédéraux sont les organes de cet Etat central. Dans la confédération d'Etats, les individus ne sont soumis qu'à une puissance, celle de celui des Etats confédérés dont ils sont les sujets ou sur le territoire duquel ils se trouvent; dans l'Etat fédéral les individus sont toujours soumis à deux puissances : celle de l'Etat central et celle de l'Etat-membre dont ils sont les sujets ou sur le territoire duquel ils se trouvent.

C'est là précisément qu'apparaît le gros problème de l'Etat fédéral. La souveraineté étant ce que nous avons dit qu'elle était, d'après la théorie classique et dans la conception française, il en résulte (v. § 30) que le même territoire et les mêmes individus ne peuvent jamais être soumis à deux souverainetés ; or, dans l'Etat fédéral les mêmes individus et le même territoire sont toujours, par définition même, soumis à deux souverainetés : celle de l'Etat central et celle d'un Etat-membre.

L'antinomie n'avait point échappé aux auteurs français de la première moitié du XIX[e] siècle. M. de Toqueville (*La démocratie en Amérique*, 1835) l'avait bien aperçue. Il voyait dans le système fédéral le produit de circonstances particulières ; il pensait que la puissance fédérale américaine irait en s'affaiblissant au profit du pouvoir des Etats-membres. Les faits ont démenti ces prévisions (Cf. *La démocratie en Amérique*, 7[e] édit., 1839, I, p. 266, et II, p. 366). La forme politique fédérale se propage, et son domaine s'accroît. En Amérique et en Suisse, la puissance de l'Etat fédéral, au lieu de décroître au profit des Etats-membres, s'augmente au contraire, restreignant d'avantage le domaine d'action des Etats-membres.

Les auteurs français contemporains, si l'on en excepte M. Lefur (*L'Etat fédéral*, un gros vol. in-8°, 1897, traduit en allemand, 2 vol., 1903, avec une bibliographie très complète) et M. Mérignhac (*loc. cit.*, p. 190) ne se sont guère occupés de la question. M. Esmein paraît négliger la difficulté. Il écrit en effet : « Dans les *Etats unitaires* la souveraineté est une... *L'Etat fédératif au contraire*, bien que répondant à une véritable unité nationale, fractionne la souveraineté... Certains attributs de la souveraineté sont enlevés par la constitution aux Etats particuliers et sont transférés à l'Etat fédéral » (*Droit constitutionnel*, 4[e] édit., 1906, p. 7). Comment

M. Esmein concilie-t-il ce fractionnement de la souveraineté avec la définition qu'il donne de la souveraineté à la page 1 : « Cette autorité qui naturellement ne reconnait pas de puissance supérieure ou concurrente quant aux rapports qu'elle régit » ?

Tous les auteurs, qui se sont occupés de la question et qui ont maintenu la notion de souveraineté puissance indépendante de l'Etat, caractère essentiel de tout Etat, ont été obligés de dire, ou que l'Etat fédéral n'avait pas la souveraineté et n'était pas véritablement un Etat, ou que les Etats-membres n'étaient pas des Etats parce qu'ils n'avaient pas la souveraineté.

En Allemagne, le jurisconsulte bavarois Seydel a soutenu que seuls les Etats-membres de l'empire allemand avaient la souveraineté, étaient seuls des Etats, que l'Empire pris en lui-même n'était point un Etat et n'avait point la souveraineté (Seydel, *Kommentar zur Verfassungskunde für das deutsche Reich*, 2e édit., 1897, p. 6 et 23). Cette doctrine a naturellement soulevé de très vives critiques en Allemagne. V. notamment Laband, *Droit public*, édit. française, 1900, I, p. 80, et Rosenberg, *Archiv für offent. Recht*, XIV, 1899, p. 328.

D'autres auteurs, au contraire, notamment M. Borel en Suisse, soutiennent que dans l'Etat fédéral il n'y a qu'un Etat, l'Etat central, qu'il ne peut y avoir que des Etats souverains, que l'Etat central a seul la souveraineté et que, par conséquent, les parties composantes ne sont jamais des Etats quelque nom qu'on leur donne. « La souveraineté, dit M. Borel, est un élément essentiel de la nature de l'Etat; l'Etat *fédératif* étant un Etat souverain, les Etats particuliers dont il se compose ne sont pas des Etats au sens juridique du mot. Qu'on les appelle cantons, Etats ou provinces, ils ne présentent pas, aux yeux du droit public, le caractère suprême que ce dernier exige de l'Etat » (*Etude sur la souveraineté et l'Etat fédératif*, Genève, 1886, p. 103).

Sans discuter en détail ces diverses théories, on comprend aisément qu'elles ne sont pas admissibles. D'une part, on ne saurait admettre évidemment que la République américaine, la Confédération helvétique et l'Empire allemand ne soient pas des Etats au sens juridique du mot. D'autre part, il est certain aussi qu'on ne saurait assimiler à des circonscriptions décentralisées d'un Etat unitaire les cantons suisses et les Etats de l'Union américaine et de l'Empire allemand.

C'est ce qu'a bien compris M. Lefur. Comme M. Borel, il estime que l'Etat central possède incontestablement la souveraineté, qu'il est un Etat, et que, puisqu'il ne peut exister sur un même territoire et sur les mêmes individus qu'une seule souveraineté, les Etats-membres n'ont point la souveraineté et, par conséquent, ne sont pas des Etats. Mais notre collègue pense en même temps que c'est aller contre les faits et contre le droit, de soutenir, comme le fait M. Borel, que les Etats-membres d'un Etat fédéral ont le même

caractère que les circonscriptions plus ou moins décentralisées d'un Etat unitaire, et il explique ainsi la différence. L'Etat fédéral doit être compris comme une corporation d'Etats ; par suite, les Etats-membres concourent à former la souveraineté fédérale ; les Etats-membres sont dans un Etat fédéral ce que les citoyens sont dans un Etat unitaire démocratiquement conçu : « Si le membre de l'Etat fédéral, écrit M. Lefur, ne possède pas le caractère d'Etat, il est cependant inexact de conclure de là qu'il n'est qu'une collectivité publique inférieure analogue à celles qui constituent l'Etat unitaire (provinces, départements, communes). Il s'en distingue par un trait essentiel : la participation à la formation de la volonté de l'Etat, et par conséquent à la *substance même* et non pas seulement à l'exercice de la souveraineté, grâce auquel se trouvent réunies dans un même être les caractères distinctifs de la province autonome et du citoyen d'une république » (Lefur, *L'Etat fédéral*, 1897, p. 680-682). — Cf. une doctrine analogue chez Gierke, *Jahrbücher de Schmoller*, VII, 1883, p. 1097 (doctrine discutée par Laband, I, p. 75) ; Hœnel, *Studien*, 1887, I, p. 63 et suiv. — V. critiques de ces théories, Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 749 et suiv.

Si l'on maintient la théorie française de la souveraineté, puissance indépendante, une et indivisible de l'Etat, cette théorie de l'Etat fédéral est certainement celle qui prête le moins à la critique. Cependant elle ne nous satisfait pas entièrement. En effet, en disant avec M. Lefur que les Etats-membres sont participants à la substance de la souveraineté fédérale, comme les citoyens d'une république démocratique unitaire le sont à la substance de la souveraineté nationale, on arrive logiquement à une conséquence qui ne cadre pas avec les faits. On a montré (§ 23) que si la souveraineté en sa substance appartient à la nation composée des citoyens, il ne s'ensuit pas que les citoyens aient un droit subjectif à l'exercice de cette souveraineté. De même si la souveraineté appartient dans sa substance à la corporation des Etats-membres, il ne s'ensuit pas que les Etats-membres aient un droit à l'exercice de la souveraineté. Or, il semble bien qu'en fait ce qui caractérise le fédéralisme, c'est le droit appartenant aux Etats composants de participer à la souveraineté. Il est vrai qu'on pourrait dire que de même que les individus ont le droit d'être reconnus comme membres de la nation (cf. § 23), de même les Etats-membres ont le droit d'être reconnus comme membres de la corporation fédérale.

On a vu (§ 31) que devant toutes ces difficultés certains auteurs allemands et français ont imaginé la théorie des Etats non souverains, et enseignent que l'Etat central est seul souverain et que les membres sont des Etats, mais des Etats non souverains. On a essayé de montrer (§ 31) que les partisans de cette théorie ne peuvent pas établir la distinction entre l'Etat-membre non souverain d'un Etat fédéral et la circonscription décentralisée d'un Etat uni-

taire. En outre, cette doctrine de la souveraineté et des Etats non souverains serait-elle vraie, elle ne donne point une explication juridiquement satisfaisante de l'Etat fédéral. En effet, on dit que l'Etat central est seul souverain; cela explique comment il peut déterminer sa sphère d'action propre, comme aussi celle des Etats-membres non souverains; cette sphère d'action respective est déterminée par la constitution fédérale, qui est, dit-on, une émanation de la volonté fédérale. A cela nous répondons : Tant que la constitution fédérale n'est pas faite, il n'y a pas d'Etat fédéral; c'est donc un Etat fédéral qui n'existe pas encore, qui fait sa constitution, laquelle détermine la sphère d'action respective de l'Etat central et des Etats-membres. C'est un pur cercle vicieux. — Sur la nature juridique de l'acte fédéral, cf. Pohl, *Bundesstaatsschöpfung. Archiv für offent. Recht,* XX, 1905, p. 173.

Une pensée vient à l'esprit; elle parait bien conforme aux faits pour les Etats-Unis, la Suisse et l'Empire d'Allemagne : la constitution fédérale n'est pas l'œuvre de la volonté unilatérale de l'Etat fédéral, mais d'une collaboration (*Vereinbarung*) intervenue entre les Etats-membres. Ce sont donc eux, en fait, qui ont fixé la sphère d'action respective de l'Etat central et des Etats-membres. Ce seraient donc eux qui, dans la fédération, seraient seuls Etats souverains. Mais il est bien difficile de dire que l'Etat central n'a pas la souveraineté. On est donc ramené à la même impasse : il y a sur le même territoire deux souverainetés.

Finalement, bien que nous ayons exprimé nos préférences pour la doctrine de la corporation fédérale, exposée par M. Lefur, notre conclusion sera plutôt négative, et nous persistons à penser que quelle que soit la notion qu'on se forme de la souveraité, on ne peut, en maintenant ce concept, fondé sur la personnalité de l'Etat, édifier une construction juridique satisfaisante de l'Etat fédéral. Pour le développement de cette idée, cf. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents,* 1903, chap. VI.

CHAPITRE II

LES FONCTIONS DE L'ÉTAT

33. Les fonctions de l'Etat au sens juridique. — Bien souvent en parlant des fonctions de l'Etat on a en vue l'intervention de celui-ci dans la vie sociale, économique, intellectuelle de la nation. Les uns veulent réduire au minimum cette intervention ; ils prétendent que l'État doit se borner à assurer la sécurité extérieure de la nation et du territoire, la sécurité des individus à l'intérieur, et ne doit intervenir d'aucune manière dans les relations économiques, dans la vie intellectuelle et morale du pays. Ce sont les partisans, d'ailleurs chaque jour moins nombreux, de la maxime célèbre : « Laissez faire, laissez passer ». D'autres, au contraire, estiment que l'Etat a une mission très étendue, qu'on ne peut point déterminer par des règles fixes, qui est très variable, et qui de nos jours tend naturellement à s'accroître. Ils estiment que l'Etat a un but de *culture*, et qu'il ne peut remplir ce but qu'en intervenant activement dans les relations économiques des individus, dans les rapports du capital et du travail, en prenant en main la gestion des intérêts matériels, moraux, intellectuels de la nation. Nous ne voulons point discuter cette question, mais nous devons constater que la tendance générale est dans tous les pays modernes l'augmentation considérable de l'activité étatique. On peut le regretter ; on peut au contraire s'en réjouir ; on n'y changera rien ; il y a là un fait inévitable et indéniable.

En parlant des fonctions de l'Etat, nous avons seu-

lement en vue les fonctions juridiques de l'Etat. Ce sont évidemment les fonctions qui se manifestent dans le domaine du droit. Mais cette définition est trop vague et doit être précisée. Pour cela, on rappelle que le droit, soit le droit objectif, soit le droit subjectif, touche essentiellement aux volontés; que le droit objectif est une règle qui s'impose aux volontés, et que le droit subjectif est un pouvoir des volontés. De cela il résulte que les fonctions juridiques de l'Etat impliquent une manifestation de volonté de l'Etat, considérée au point de vue de son action sur les autres volontés. Etudier les fonctions juridiques de l'Etat, ce n'est point étudier le résultat que poursuit l'Etat au point de vue social, intellectuel, moral, économique; c'est étudier les effets que produit sur les volontés une manifestation de volonté, par laquelle l'Etat poursuit un but quelconque.

Il importe de bien saisir cela et de comprendre que pour classer les différentes fonctions juridiques de l'Etat, on ne doit point considérer le but poursuivi. L'Etat poursuit un but quelconque; pour atteindre ce but, il veut; cet acte de volonté produit un effet dans le monde du droit, c'est-à-dire un effet sur les volontés : il crée, constate ou modifie le droit objectif, crée ou constate un droit subjectif. Voilà la fonction juridique. C'est uniquement d'après l'action que les actes de l'Etat produisent sur les volontés, d'après leurs effets dans le domaine du droit objectif ou du droit subjectif, que nous devons déterminer les différents modes de la fonction juridique de l'Etat.

Dans la doctrine dominante, on distingue aujourd'hui trois grandes fonctions de l'Etat : A. La fonction *législative;* — B. La fonction *administrative;* — C. La fonction *juridictionnelle.* Mais des divergences existent sur la notion que l'on doit se former de chacune de ces fonctions. Voici, sauf à discuter et à justifier ces définitions, comment nous les entendons. Par la fonction *législative* l'Etat formule le droit objectif; par

la fonction *administrative* l'Etat crée une situation de droit subjectif; par la fonction *juridictionnelle* l'Etat constate l'existence et l'étendue d'une règle de droit ou d'une situation de droit, au cas de violation ou de contestation et ordonne les mesures nécessaires pour en assurer le respect.

Ces très brèves définitions suffisent à montrer que nous considérons les fonctions de l'Etat en elles-mêmes, abstraction faite complètement des organes ou des agents qui en fait sont chargés de les remplir. D'après une terminologie aujourd'hui communément admise, nous étudions ces fonctions au point de vue purement *matériel*, c'est-à-dire nous cherchons à déterminer leur nature intrinsèque, sans tenir compte du caractère de l'organe ou de l'agent qui les remplit. Au contraire on définit les fonctions au point de vue *formel*, quand on les spécifie d'après le caractère de l'organe ou de l'agent qui les remplit.

Cela ne veut pas dire cependant que le point de vue *formel* soit sans importance. Le plus souvent pour déterminer les recours dont un acte est susceptible, il faut se placer au point de vue *formel*, et non au point de vue *matériel*.

On a souvent confondu le point de vue matériel et le point de vue formel; le législateur lui-même a fait parfois cette confusion. Ainsi on confond souvent la fonction juridictionnelle et la fonction judiciaire. La fonction judiciaire est la fonction que remplissent les fonctionnaires, existant dans la plupart des pays et formant l'ordre dit judiciaire; c'est le point de vue formel. Or l'ordre judiciaire fait sans doute beaucoup d'actes juridictionnels, mais il fait aussi beaucoup d'actes qui n'ont pas ce caractère. D'autre part de nombreux actes juridictionnels sont faits par des organes ou des agents qui n'appartiennent pas à l'ordre judiciaire. C'est pourquoi, si l'on veut être précis et éviter les confusions, il faut dire fonction *juridictionnelle* et non fonction *judiciaire*.

Les auteurs français indiquent souvent deux fonctions essentielles de l'Etat : la fonction législative et la fonction exécutive. Quelques-uns font rentrer dans la fonction exécutive la fonction administrative et la fonction juridictionnelle (qu'ils appellent la fonction judiciaire); d'autres font de la fonction juridictionnelle une troisième fonction, distincte de la fonction exécutive. Peut-être le législateur français, à certaines époques, a-t-il admis l'existence d'une fonction exécutive. Mais ses dispositions sur ce point n'ont jamais été assez précises pour que la doctrine puisse être gênée quand elle veut faire une classification rationnelle des fonctions de l'Etat. Or nous espérons démontrer (§ 47) que la fonction exécutive n'a point un caractère spécifique qui la distingue des autres fonctions, que les actes qu'on veut y rattacher appartiennent à l'une des trois fonctions législative, administrative ou juridictionnelle, ou bien sont des actes sans caractère juridique, comme par exemple tous les actes de contrainte matérielle, qui forment assurément une des branches les plus importantes de l'activité de l'Etat, mais qui, parce que précisément ce sont des actes de contrainte matérielle, ne peuvent se rattacher à une fonction juridique de l'Etat. Au reste l'expression qu'on trouve dans nos constitutions est surtout *pouvoir exécutif;* nous croyons bien qu'on n'y trouve pas une fois l'expression *fonction exécutive*. Par l'expression *pouvoir exécutif*, le législateur constituant désignait (cf. § 30, n° 2, §§ 54 et 55) un fragment de la souveraineté incorporé dans un certain organe. De ce que les constitutions créaient un organe incorporant le pouvoir exécutif, ou plus brièvement un pouvoir exécutif, on a conclu qu'il y avait réellement une fonction exécutive; mais c'était confondre encore le point de vue matériel et le point de vue formel.

Même observation relativement à la fonction *gouvernementale* et à la fonction *réglementaire*, qui sont parfois indiquées comme des fonctions ayant un caractère propre. Il sera facile de montrer que les actes qu'on rattache à ces prétendues fonctions sont des actes législatifs ou administratifs, ou des actes sans caractère juridique et que la confusion des deux points de vue matériel et formel a été la vraie cause de l'erreur, que si par exemple on a voulu trouver entre la loi et le règlement une différence qui n'existe pas, c'est que ces deux actes sont faits par des organes différents, et que si l'on a parlé de fonction *gouvernementale,* c'est qu'un des principaux organes de l'Etat porte le nom de *gouvernement* (cf. §§ 40 et 41).

A. *La fonction législative.*

34. La loi au sens matériel. — La fonction législative est évidemment la fonction par laquelle paraît se manifester par excellence la souveraineté de l'Etat,

si bien même que l'on a souvent confondu législation et souveraineté et que l'on a cru que la loi ne pouvait émaner que de l'organe dans lequel s'incarnait la souveraineté de l'Etat, que tout acte émanant de cet organe était une loi.

Cette confusion, les fondateurs du droit public français ne l'ont point évitée. En disant dans l'art. 6 de la Déclaration des droits : « La loi est l'expression de la volonté générale », l'Assemblée de 1789 d'une part exprimait cette idée que seule la volonté souveraine de la collectivité peut faire une loi, et d'autre part semblait dire que toute décision, expression de la volonté générale, est une loi. Or les deux choses sont inexactes, ou du moins demandent des explications. Que la loi ne puisse émaner que de la volonté générale, c'est peut-être exact; mais il en est ainsi de tous les actes de l'Etat, l'Etat étant la volonté générale organisée. Si l'on voulait dire que la loi ne peut émaner que de l'organe qui représente directement la volonté générale, ce n'était pas exact, parce que bien des actes qui ont le caractère intrinsèque de loi, émanent d'autres organes que du parlement. Enfin, il était inexact aussi de laisser entendre que tout acte de la volonté collective est une loi, parce que le parlement, qui représente directement cette volonté, fait bien souvent des actes qui n'ont pas le caractère intrinsèque de loi.

Il faut appliquer à la notion de loi la distinction déjà indiquée du point de vue *formel* et du point de vue *matériel*.

Au point de vue formel, est *loi* toute décision émanée de l'organe qui, dans un pays donné, est considéré comme exprimant directement la volonté souveraine de la collectivité support de l'Etat. Par exemple en France, le système d'organes exprimant directement la volonté souveraine de la nation, c'est le parlement, avec le concours du président de la république. Sur le caractère du président de la république et son rôle dans la confection des lois, cf. § 139. Par conséquent, en France, toute décision votée par le parlement et promulguée par le chef de l'Etat, conformément aux art. 1 de la loi const. du 25 février 1875 et 7 de la loi const. du 16 juillet 1875, est une loi au sens *formel* ou *loi formelle*.

Au point de vue matériel, est *loi* tout acte qui a en

soi le caractère intrinsèque de loi, et cela indépendamment de l'organe de l'Etat qui a fait l'acte. C'est l'acte législatif d'après sa nature propre, qui peut être en même temps une loi formelle, mais qui aussi peut ne pas l'être, qui très souvent ne l'est pas. Quand on veut déterminer ce qu'est la fonction législative, ce que l'on doit déterminer, c'est seulement, mais complètement, le caractère de l'acte législatif matériel.

Cette distinction entre la loi matérielle et la loi formelle est rationnelle, et elle est aujourd'hui généralemeut admise. Mais cadre-t-elle avec les textes de notre droit constitutionnel positif?

On a déjà fait observer au commencement de ce § le sens vague de l'art. 6 de la Déclaration des droits de 1789; il semble bien que ses auteurs n'aient compris la notion de loi qu'au sens formel, attribuant le caractère de loi à tout acte émanant de la volonté collective ou de sa représentation. L'article 6 de la sect. III du chap. III du titre III de la constitution de 1791 ne donne aussi qu'une définition de la loi au sens formel ; « Les décrets sanctionnés par le roi.... ont force de loi et portent le nom et l'intitulé de *Lois* ». Il est vrai qu'aux termes de l'art. 1er de la sect. I du chap. III du titre III le corps législatif reçoit le pouvoir « de proposer et de décréter les lois » et une série d'attributions spécialement indiquées et qui sont ainsi bien distinguées de la loi. D'après ce texte, la loi ne serait donc pas toute décision du corps législatif, et le législateur constituant de 1791 aurait eu la notion de la loi matérielle. Devant ces derniers textes quelque peu contradictoires, il semble bien que l'Assemblée de 1789 n'ait eu que des idées flottantes sur la vraie notion de loi.

La Déclaration des droits de 1793 définit aussi la loi l'expression de la volonté générale ; mais elle ajoute : « Elle ne peut ordonner que ce qui est juste et utile à la société, elle ne peut défendre que ce qui lui est nuisible » (art. 4). C'était définir la loi par son contenu, et donner ainsi une définition de la loi au sens matériel. Mais la constitution de 1793 a au contraire donné au mot loi un sens purement *formel*. Elle distingue les *lois* et les *décrets :* les *décrets* sont *rendus* par le corps législatif, et les *lois* simplement *proposées* par le corps législatif; la loi *proposée* devient loi, si dans les 40 jours de l'envoi, dans la moitié des départements plus un le dixième des assemblées primaires de chacun d'eux n'a pas réclamé; s'il y a réclamation, le corps législatif convoque les assemblées primaires, qui acceptent ou rejettent la loi par *oui* ou par *non* (Const. de 1793, art. 53-60 combinés avec les art. 10 et 19). L'art. 54 énumère les matières qui font l'objet d'une loi ; et parmi ces matières qui font l'objet d'une loi, il en est qui sont qualifiées d'administratives par le texte lui-même. C'est la conception purement *formelle* de la loi.

La constitution de l'an III ne contient aussi qu'une définition formelle. « La loi est la volonté générale exprimée par la majorité ou des citoyens ou de leurs représentants ». « Les résolutions du conseil des cinq-cents, adoptées par le conseil des anciens, s'appellent *lois* » (Décl. des droits de l'an III, art. 6 et Const., art. 92).

Quant aux lois constitutionnelles de 1875 actuellement en vigueur elles ne contiennent qu'un texte obscur et ambigu. C'est l'art. 1er de la loi du 25 février 1875. « Le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, la chambre des députés et le sénat ». La pensée du législateur de 1875 était surtout d'affirmer dans ce texte le principe de la dualité du parlement. Quant à la conception de la loi, s'il en avait une, elle n'y apparaît que très imparfaitement. Ce texte veut-il dire que toute décision des deux chambres est une loi, quel que soit son contenu? Ou signifie-t-il que la loi au sens matériel ne peut résulter que du vote des deux chambres? Il est difficile de se prononcer.

De tout cela, il résulte que le juriste n'est lié par aucun texte de notre droit positif et qu'il peut ainsi, en toute liberté, faire la théorie rationnelle de la fonction législative.

Quelques auteurs français, notamment M. Ducrocq (*Droit admin.*, I, p. 12, 7e édit., 1897); M. Beudant (*Cours de droit civil,* publié par son fils, I, p. 4, 1896); M. Jacquelin (*Principes dominants du contentieux administratif,* 1899), n'admettent que la conception *formelle* de la loi et attribuent la qualité de loi à tout acte fait par le parlement en la forme législative sans qu'on ait à rechercher le caractère intrinsèque de cet acte. Mais aujourd'hui la plupart des auteurs distinguent bien la loi *formelle* et la loi *matérielle* et cherchent à préciser la notion de loi matérielle, de fonction législative. M. Esmein admet bien la distinction, sans donner cependant, nous semble-t-il, une définition suffisamment nette de la loi matérielle. « Ces règles fixes, préexistantes au fait qu'elles régissent... ce sont les lois » (*Droit constitutionnel,* 4e édit., p. 14); M. Planiol (*Droit civil,* I, n° 136); M. Artur (*Séparation des pouvoirs et des fonctions*, p. 6 et suiv.); M. Hauriou (*Droit administatif,* 5e édit., 1904, p. 19) admettent aussi la distinction et montrent que l'essentiel est de déterminer le caractère matériel de la loi, la nature interne de la fonction législative. M. Hauriou dit que la loi doit être définie au point de vue de sa matière en opposition avec le règlement. Nous croyons que sur ce point M. Hauriou se trompe et nous espérons montrer qu'il n'y a point de différence *matérielle* entre la loi et le règlement (cf. § 40). M. Hauriou donne en outre une définition de la loi qui n'est pas sans quelque obscurité: « La loi est émanation du milieu social, elle est condition d'existence de l'Etat considéré comme milieu social » (*Loc. cit.*, p. 18 et 19).

En Allemagne, la distinction du point de vue formel et du point de vue matériel est généralement admise. V. notamment Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887, p. 313 et suiv.; Laband, *Droit*

public, édit. franç., 1901, II, p. 260 et suiv.; G. Meyer, *Staatsrecht*, 4e édit., 1895, p. 481, et toute la bibliographie donnée par Laband et G. Meyer.

Au point de vue matériel, la loi est l'acte par lequel l'Etat formule une règle de droit objectif ou crée des règles, organise des institutions destinées à assurer la mise en œuvre d'une règle de droit objectif. La fonction législative est naturellement la fonction de l'Etat, qui consiste à faire des lois ainsi comprises. Que la loi positive considérée soit simplement la formule d'une règle de droit admise à une époque donnée, ou qu'elle contienne une série de règles destinées à assurer l'application de cette règle de droit, la loi positive a toujours pour fondement une règle de droit objectif. Ces règles que formule l'Etat, soit pour constater le droit objectif, soit pour le mettre en œuvre, sont elles-mêmes des règles de droit objectif; de telle sorte que *lato sensu* on peut définir la loi matérielle en disant que c'est tout acte émané de l'Etat contenant une règle de droit objectif.

Il est évident que nous aurons établi cette proposition si nous démontrons que les caractères essentiels de la règle de droit objectif se retrouvent et doivent se retrouver dans la loi matérielle. Or les deux caractères essentiels de la règle de droit (cf. § 1) sont la généralité et le caractère impératif. Il reste donc à montrer que toute loi matérielle a ces deux caractères, ne peut pas ne pas les avoir, qu'elle ne peut pas ne pas être une disposition générale, qu'elle ne peut pas ne pas être une règle impérative.

35. La loi est une disposition par voie générale. — Nous voulons dire que la loi contient une disposition qui ne disparaît pas après son application à un cas prévu et déterminé d'avance, mais qui survit à cette application, et qui s'appliquera, tant quelle ne sera pas abrogée, à tous les cas identiques à celui qu'elle prévoit; elle est alors générale même si en fait elle ne s'applique qu'une fois. La disposition de droit

individuelle au contraire est établie en vue d'une espèce déterminée; appliquée à cette espèce elle disparaît, parce que le but spécial, concret qu'on avait en l'établissant est réalisé. La disposition de la loi étant générale survit à son application à une ou plusieurs espèces déterminées. De ce qu'elle est générale il résulte qu'elle est aussi abstraite : ce qui veut dire qu'elle est portée sans considération d'espèce ou de personne.

Deux exemples très simples feront comprendre les différences entre une disposition individuelle et concrète d'une part et une disposition générale et abstraite d'autre part. L'Etat décide qu'une récompense sera donnée à tel citoyen qui a rendu des services éminents à la patrie : disposition individuelle et concrète qui vise un cas et une personne déterminés et qui disparaît, comme épuisée, quand elle a été appliquée, parce que le but poursuivi est réalisé. Au contraire, l'Etat décide que toute personne qui a commis tel fait sera punie de telle peine : disposition par voie générale et abstraite. En établissant cette règle, l'Etat n'a pas eu en vue telle ou telle personne se trouvant à un moment donné dans une situation concrète déterminée, mais l'intérêt social, pris en soi et d'une manière abstraite; cette disposition, ayant été appliquée une première fois, restera intacte dans sa force et s'appliquera, tant qu'elle ne sera pas abrogée, toutes les fois que se produira un fait réunissant les conditions qu'elle prévoit.

La disposition par voie générale et abstraite est une loi au sens matériel. La disposition par voie individuelle et concrète est un acte juridique proprement dit et on verra aux §§ 38-43 que c'est un acte administratif au sens matériel.

On doit citer deux exemples récents de lois formelles, c'est-à-dire d'actes faits en forme de loi, mais n'ayant point le caractère matériel de loi, parce qu'ils sont des actes individuels. Ce sont les deux lois du 13 juillet 1906, dont la première décide que le lieutenant-colonel en réforme Picquart est réintégré dans les cadres de

l'armée et promu général de brigade, et l'autre que le capitaine d'artillerie Dreyfus est, par dérogation à l'art. 4 de la loi du 10 mars 1880, promu chef d'escadron (*J. off.*, 14 juillet 1906, p. 4837).

J.-J. Rousseau a bien aperçu et mis très nettement en relief le caractère de généralité de la loi, montrant que c'est là son caractère essentiel. Il écrit : « Quand je dis que l'objet de la loi est toujours général, j'entends que la loi considère le sujet en corps et les actions comme abstraites et jamais un homme comme individu ni une action particulière ». Il ajoute : « Ce qu'ordonne *même le souverain* sur un objet particulier n'est pas non plus une loi, mais un décret, ni un acte de souveraineté, mais un acte de magistrature » (*Contrat social*, liv. II, chap. VI).

Les représentants les plus distingués de la doctrine française estiment que la généralité es la caractéristique essentielle de la loi. M. Esmein dit que la loi « statue non dans un intérêt particulier, mais dans l'intérêt commun, non à l'égard d'une individualité, mais à l'égard de tous pour l'avenir et à toujours » (*Droit constitutionnel*, 4e édit., 1906, p. 14 et 15). M. Planiol : « La loi est établie en permanence pour un nombre indéterminé d'actes et de faits ; *toute* décision de l'autorité publique, qui ne doit être exécutée qu'une fois, n'est pas une loi, c'est un acte d'administration » (*Droit civil*, I, n° 136). M. Artur : « La loi est une règle générale qui ne se rattache à aucune autre prescription antérieure comme mesure d'exécution » (*Séparation des pouvoirs et des fonctions*, p. 8). Nous faisons bien quelques réserves à l'égard de certains termes de ces définitions. Mais elles montrent que les auteurs français les plus récents et les plus distingués voient dans la généralité un élément essentiel de la loi.

En Allemagne, de très bons auteurs enseignent comme nous que la généralité est la caractéristique de la loi, par exemple, Mohl et Gerber considérés comme les fondateurs de la doctrine moderne allemande du droit public. « L'activité primaire de l'Etat, dit Mohl, est la législation, c'est-à-dire l'établissement de règles générales qui déterminent les rapports des sujets avec l'Etat et aussi les rapports des citoyens entre eux » (*Staatsrecht*, I, p. 193, 2e édit.). Et M. Gerber : « Comme législateur, l'Etat manifeste sa volonté en la forme de règles abstraites » (*Grundzüge des Staatsrechts*, p. 145, 3e édit.). M. G. Meyer répondant à un article de M. Martizt a montré, d'une manière qui nous paraît péremptoire, que seule peut être considérée comme loi une disposition édictée par voie générale (G. Meyer, *Zeitschrift* de Grünhut, VIII, 1881, p. 1 et suiv.). Cf. l'article de Martizt auquel répond G. Meyer, *Zeitschrift* de Tübingen, XXXVI, p. 207, 1880. Pour la bibliographie complète, cons. Laband, *Droit public*, édit. franç., 1901, II, p. 261, G. Meyer, *Staatsrecht*, p. 21, note 1, 4e édit., 1895 et Anschütz, *Kritischen Studien zur Lehre vom Rechtssatz*, 1902.

Le caractère de généralité qui est le caractère essentiel de la loi nous paraît avoir un double fondement rationnel et historique.

Fondement rationnel. — Le caractère de généralité est la conséquence logique de l'idée que l'on se forme universellement de la loi. On a toujours vu et tout le monde voit dans la loi l'expression du droit objectif. Pourquoi l'Etat exprime-t-il le droit objectif? Parce qu'il est l'organe même de la collectivité. Sans croire à l'existence d'une conscience nationale, réalité distincte des consciences individuelles, on peut parler de la conscience nationale, en comprenant par là qu'à un certain moment, dans un pays donné, il y a dans toutes les consciences individuelles une certaine conception du droit objectif. C'est en ce sens qu'on peut dire que le droit objectif sort de la conscience nationale, que l'Etat est la nation organisée et que par conséquent il est l'organe naturel du droit national, chargé de formuler les règles que ce droit contient en lui et de prendre les dispositions pour les mettre en œuvre.

Cette règle de droit ainsi comprise est individuelle parce qu'elle s'applique aux individus; mais elle est sociale parce qu'elle dérive de la société elle-même. Etant sociale elle est générale. Elle ne vise pas une espèce particulière, devant devenir sans valeur quand elle a été appliquée à cette espèce. Elle est un élément de la vie sociale et doit avoir la même compréhension que la vie sociale elle-même. En d'autres termes, la règle de droit est la règle de conduite des hommes vivant en société; elle est générale parce qu'elle s'applique à tous les hommes et à toutes les circonstances de la vie sociale. La loi est la règle de droit formulée par l'Etat; ce n'est pas parce qu'elle est formulée qu'elle peut changer de caractère; elle reste formulée en loi ce qu'elle est dans la réalité, c'est-à-dire une règle générale.

Fondement historique. — D'autre part, la généralité est la raison d'être même de la loi, et c'est parce que

la loi a été conçue comme une règle générale que s'est constituée historiquement la fonction législative. Cette fonction est venue répondre à un certain besoin social, précisément et uniquement parce que la loi est une règle générale.

Il semble bien établi aujourd'hui en sociologie que la fonction législative est celle des fonctions juridiques de l'Etat qui a apparu chronologiquement la dernière. Pendant longtemps la puissance politique, même chez des peuples parvenus à un certain degré de civilisation, n'est intervenue que par voie d'actes individuels, en faisant ce que nous appelons aujourd'hui des actes administratifs et des actes juridictionnels. Les chefs veulent telle ou telle chose déterminée soit spontanément, soit sur la demande des sujets qui ont un différend, et ils emploient leur force matérielle pour assurer l'obéissance à leur volonté. Le procédé de la loi positive n'a pu évidemment être employé que lorsqu'on a connu l'écriture et les moyens matériels de conserver une règle écrite. Mais cela ne suffisait pas, car il fallait en outre que la conscience d'une règle sociale de droit eût fortement pénétré l'esprit des hommes. La loi écrite a été l'extériorisation naturelle de la conscience juridique de la collectivité. Le phénomène a été précédé d'une période exclusivement coutumière, la coutume étant un mode, imparfait sans doute, mais réel, d'expression du droit. L'expression par la coutume s'est maintenue à côté de l'expression par la loi écrite ; mais du jour où la fonction législative de l'Etat a été bien comprise, elle a occupé la place de beaucoup prépondérante dans l'expression du droit.

En effet, il est arrivé un moment où on a compris que la fixité, la généralité, le caractère abstrait de la loi écrite constituaient la protection la plus efficace de l'individu contre l'arbitraire de l'Etat, un moment où on a eu la conception de la *légalité*. On a compris que les détenteurs du pouvoir politique ne devaient

pas pouvoir prendre arbitrairement telle ou telle décision individuelle, en vue de telle ou telle situation déterminée; qu'ils étaient liés par la règle générale formulée d'une manière abstraite sans considération ni d'espèce ni de personne, et ne pouvaient prendre de décision individuelle que conformément à la règle générale contenue dans la loi. Du moment où ce régime a été compris et appliqué, l'individu s'est senti fortement protégé contre la toute-puissance des gouvernants, car il est évident que cette règle générale et abstraite, qui limite leur action, présente beaucoup moins de danger d'arbitraire qu'une décision individuelle, qui peut toujours être provoquée par la haine, l'ambition ou la vengeance.

Cette conception de la *légalité* a été surtout élaborée par la Grèce antique. On parle souvent de la liberté ancienne. Parfois, au contraire, on a dit que dans la cité antique l'homme était absorbé par la cité. Qu'y a-t-il de vrai dans ces affirmations contradictoires? La liberté au sens moderne est une certaine situation faite à l'individu et qui est le résultat d'une certaine limitation apportée au pouvoir de l'Etat. Jamais les anciens n'ont connu cette liberté, et jamais ils n'ont conçu la possibilité d'une limitation du pouvoir de l'Etat, de la cité, dans l'intérêt de l'individu. Mais ils ont eu cette idée très nette (et c'est en cela que consistait leur notion de la liberté) que l'Etat ne peut tout faire qu'à la condition qu'il statue, non par voie individuelle, mais par voie générale, c'est-à-dire par la loi, et que la décision individuelle du gouvernement est tyrannique si elle n'est pas l'application de la loi, c'est-à-dire d'une règle générale formulée pour tous. Le tyran est celui qui prend des décisions individuelles en dehors des lois. La cité, au contraire, est libre quand l'autorité n'intervient qu'en vertu de la loi, conçue comme règle générale formulée d'avance par tous, gouvernants et gouvernés. — Hermann (*Lehrbuch der juristischen Rechtsaltherthümer*, p. 28, édit. Thaleim, 1884) a mis très nettement en relief cette idée. « Vis-à-vis de l'Etat, dit-il, la liberté de l'homme grec consiste proprement et simplement en ce qu'il a conscience de ne dépendre d'aucun pouvoir lorsque chacun de ses concitoyens est égal à lui par la puissance de la loi ». Cf. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2e édit., 1905, p. 285-305.

Cette idée n'est pas venue jusqu'à nous sans subir de nombreuses éclipses et de singulières régressions. Mais elle est aujourd'hui bien vivante. Sans doute, la conscience moderne est allée plus loin : elle affirme

la limitation des pouvoirs de l'Etat même statuant par voie générale. L'Etat ne peut pas tout faire même par la loi; et de plus, la loi étant faite, aucun organe, aucun agent de l'Etat ne peut prendre une décision en violation de cette loi. La loi peut être mauvaise, injuste; mais étant formulée par voie générale et abstraite, ce danger se trouve réduit au minimum. Ainsi encore le caractère protecteur de la loi, sa raison d'être elle-même se trouvent dans sa généralité.

Rationnellement, historiquement, socialement, la loi nous apparaît avec le caractère essentiel de généralité.

Lois temporaires. — Quelques auteurs, qui admettent comme nous que le caractère de généralité est essentiel à la loi, pensent que cela implique que, pour qu'une décision soit loi, elle doit être portée pour une période de temps indéterminée, qu'une décision, même par voie générale, portée pour une période de temps fixée d'avance ne serait point une loi au sens matériel. C'est évidemment la pensée de M. Esmein quand il écrit que « la loi peut être définie une règle... qui statue... pour l'avenir et à *toujours*..., que sans doute, on trouve par tous pays des lois qui ne sont édictées que pour un temps préfixe, que le plus souvent ce sont des lois seulement dans la forme et qu'au fond ce sont des actes d'administration accomplis par l'autorité qui exerce le pouvoir législatif, que dans la conception normale, la loi se présentant comme une règle de droit générale et juste, on ne voit pas bien comment ceux qui la font songeraient à en restreindre l'empire à un temps déterminé » (*Droit const.*, 4e éd., 1906, p. 15 et p. 15, note 2). M. Esmein réserve cependant le cas où, sous la pression d'un grand péril, le législateur fait une *loi d'exception*. Nous croyons qu'une décision par voie générale reste une décision par voie générale et par conséquent une loi matérielle, bien que portée pour une période de temps déterminée d'avance, à la condition, bien entendu, que cette limitation de temps n'ait pas pour but véritable de restreindre l'application de la loi à une espèce unique ou à une personne déterminée, auquel cas la disposition n'aurait certainement pas le caractère de généralité. M. Esmein dit qu'on comprend difficilement qu'une loi, qui est présumée formuler une règle de justice, soit faite pour un temps déterminé. Il oublie que la justice est chose relative et changeante, comme toutes les choses humaines. C'est justement parce que la loi doit être juste, c'est-à-dire s'adapter aussi exactement que possible aux besoins sociaux, qu'un législateur prudent, prévoyant d'avance la transformation probable des situations sociales, limite l'application de sa loi à une période de temps déterminé. Nous reconnaissons cependant volontiers que telle n'a pas été la pensée du législateur français, quand à plusieurs reprises il a édicté au XIXe siècle

des lois dites de *sûreté générale*, qui ne devaient s'appliquer que pendant un certain temps, par exemple la loi du 27 février 1858. De pareilles dispositions peuvent être impolitiques ; elles peuvent même violer le droit constitutionnel rigide ou le droit objectif non écrit, excéder les pouvoirs qui appartiennent à l'Etat. Mais si on les considère en elles-mêmes, quoiqu'elles soient temporaires, on ne peut leur contester le caractère de généralité et le caractère de lois matérielles.

Les lois d'impôt. — Les lois d'impôt, telles qu'elles sont comprises en France, sont un exemple remarquable de lois matérielles temporaires. Tout impôt en France, direct ou indirect, doit être voté et ne peut être voté que pour un an ; et un impôt qui ne serait pas au moins visé dans la loi annuelle des finances, serait supprimé par là même et ne pourrait être perçu. Le principe de l'annalité de l'impôt est un principe constitutionnel, bien que la constitution de 1875 ne l'ait pas rappelé ; mais il est consacré par toutes nos constitutions, par l'art. 1 du titre V de la constitution de 1791 et l'art. 17 de la constitution de 1848, et si l'on estime que ces textes ont perdu le caractère constitutionnel, le principe de l'annalité de l'impôt est certainement une règle du droit coutumier constitutionnel. La disposition qui établit l'impôt pour un an est incontestablement une loi matérielle bien que son application soit d'avance limitée à une période de temps fixe, parce qu'elle est certainement une disposition par voie générale et abstraite, formulée sans considération d'espèce ou de personne. Cf. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 526, et pour la solution contraire, Bouvier et Jèze, *La véritable notion de la loi et la loi annuelle des finances, Revue critique*, 1897, p. 445. Cf. *infra*, § 131.

Théorie de M. Laband et de M. Jellinek. — Ces auteurs enseignent que la loi est bien une règle de droit, que la règle de droit, et par conséquent la loi qui l'exprime, est *habituellement* une règle générale, mais ne l'est pas nécessairement, et qu'il peut y avoir des règles de droit et partant des lois matérielles présentant le caractère de spécialité. D'après ces auteurs, l'erreur que l'on commet en disant que toute loi matérielle est générale, vient d'une assimilation inexacte des lois juridiques aux lois naturelles. Celles-ci expriment en effet des rapports généraux et constants existant entre les phénomènes naturels. Mais les rapports sociaux n'existent point avec la même constance, et dès lors il n'y a point impossibilité à ce que certaines lois juridiques soient spéciales. La loi matérielle est toute décision qui crée un droit nouveau avec force obligatoire, c'est-à-dire établit pour l'Etat ou pour les individus des droits ou des obligations non encore contenus dans l'ordre juridique existant; une disposition qui modifie la sphère juridique de l'Etat ou d'un individu, serait-ce sur un point particulier, est notammeut une loi matérielle, puisqu'elle modifie l'ordre juridique existant et contient vraiment une règle de droit. M. Laband écrit notam-

ment : « C'est seulement en tant que la volonté du sujet est limitée vis-à-vis d'une volonté étrangère, par un ordre, une défense, une autorisation, en tant qu'un droit, une obligation, une protection, sont créés vis-à-vis d'autres personnes, que l'ordre de droit intervient, sans distinguer s'il y a un ordre individuel ou une disposition par voie générale » (*Droit public*, édit. franç., 1901. II, p. 260). Cf. Jellinek, *Gesetz und Verordnung,* 1887, p. 232, et *Allgemeine Staatslehre,* 2e éd., 1905, p. 595.

Cette doctrine est inacceptable; les raisons qu'elle apporte et les objections qu'elle dirige contre notre théorie ne tiennent pas. D'abord elle contient une contradiction interne. M. Laband et M. Jellinek admettent avec nous que la loi matérielle contient une règle de droit, et ils opposent très justement le *Rechtsgesetz*, la loi, à la *Rechtsgeschäft,* l'acte juridique. Or la règle de droit, étant par essence même une règle sociale, est nécessairement une règle générale. Si la loi peut être spéciale, nous ne voyons pas la différence qui peut exister entre un acte juridique émané de l'Etat (acte administratif) et une loi spéciale. Un acte juridique (acte administratif) est une manifestation de volonté qui a pour but et pour effet de modifier, en l'étendant ou en la diminuant, la sphère juridique d'une personne, de l'Etat ou d'un particulier. On ne peut donner une autre définition de l'acte juridique, et c'est précisément la définition que les auteurs précités donnent de la loi spéciale. S'ils étaient logiques, ils devraient voir, par exemple, dans l'acte de nomination d'un fonctionnaire une loi spéciale, car il y a bien là un acte qui modifie la sphère juridique d'une personne.

On dit, il est vrai, que les rapports sociaux n'étant pas des rapports constants, il ne faut pas assimiler les lois juridiques aux lois de la nature. C'est absolument exact. Les lois juridiques sont des règles qui s'imposent à des volontés conscientes; les lois naturelles sont l'expression de rapports existant entre des faits, rapports qui nous apparaissent comme constants et comme permanents. D'ailleurs il se pourrait bien qu'il n'y eût là qu'une illusion (cf. Boutroux, *De la contingence des lois de la nature*). Cela ne prouve pas que la loi juridique ne doive pas être logiquement et socialement toujours une règle générale; elle peut être temporaire, changeante comme les rapports sociaux qu'elle régit; mais elle n'en est pas moins générale parce qu'elle découle de la vie sociale ellemême.

Des actes réglementaires. — Notre théorie sur la généralité de la loi rencontre une objection qui se résume ainsi : on ne peut pas dire que la généralité soit la caractéristique de la loi matérielle, parce qu'il y a beaucoup d'actes qui contiennent des dispositions par voie générale, et qui ne sont pas des lois au sens matériel, qui sont des actes administratifs ou peut-être des actes exécutifs : ce sont les actes dits *réglementaires.*

Il est évident que s'il était établi qu'il y a des actes, conte-

nant des décisions par voie générale, auxquels on ne peut pas reconnaître le caractère de loi matérielle, notre théorie de la loi matérielle serait compromise. Mais l'objection tombe si l'on remarque qu'elle est encore le résultat d'une confusion entre le point de vue matériel et le point de vue formel. Les règlements sont des dispositions par voie générale; et nous espérons démontrer (§§ 40 et 47) qu'on ne peut y voir ni des actes exécutifs, ni des actes administratifs, et qu'ils ont tous les caractères de la loi. Mais, dira-t-on, ces actes n'ont pas tous les caractères de la loi, puisqu'ils ne peuvent pas modifier une loi et que leur auteur est lié par la loi. C'est vrai, mais cela est la conséquence du caractère de l'organe ou de l'agent qui fait ces actes, et non pas une conséquence de la nature particulière de ces actes.

C'est ainsi que M. Artur a confondu les deux points de vue quand il écrit : « La loi est une règle générale qui ne se rattache à aucune autre prescription antérieure comme mesure d'exécution.... Quand le législateur règle une matière quelconque, il le fait avec une liberté illimitée, il use de la souveraineté la plus radicale et la plus entière » (Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, 1905, p. 8). Nous voudrions bien savoir ce que c'est que la *souveraineté la plus radicale et la plus entière*. M. Artur qui a voulu faire, il le dit lui-même, une étude de droit positif français, oublie que, d'après les principes les plus certains de notre droit constitutionnel, la souveraineté est une et indivisible, c'est-à-dire qu'elle est ou qu'elle n'est pas, qu'elle n'est susceptible ni de plus ni de moins, et qu'elle ne peut être plus ou moins radicale, plus ou moins entière. Sans y prendre garde, M. Artur a défini le caractère de l'organe qui fait habituellement la loi et non le caractère de la loi. A son insu M. Artur est dominé par cette idée que la loi émane toujours d'un organe souverain, peuple, parlement, roi absolu et il apporte dans la définition matérielle de la loi un élément purement formel.

Mais, dit M. Artur, les règlements sont des actes administratifs parce qu'ils n'ont pas le caractère de souveraineté radicale, quoique statuant par voie générale. Non, les règlements ne sont pas des actes administratifs : on ne peut établir une différence de nature entre le contenu d'un règlement et celui d'une loi matérielle. M. Moreau y a renoncé (*Le règlement administratif*, 1903) ; M. Hauriou s'y est vainement efforcé (*Droit administratif*, 5e édit., 1903, p. 19) ; M. Artur ne l'a même pas tenté. Cf. *infra*, § 40. Mais, objecte M. Artur, un recours est possible contre le règlement, il ne l'est pas contre une loi. Assurément : si un recours est possible contre le règlement, c'est tout simplement parce que, quoique ayant le caractère matériel de la loi, il émane d'un organe ou d'un agent, contre les décisions duquel, dans une organisation politique donnée, une voie de recours est recevable. La recevabilité d'un recours contre un acte dépend, non pas de la nature intrinsè-

que de l'acte, mais du caractère de l'organe ou de l'agent qui a fait l'acte.

36. La loi est une disposition impérative. — On a vu par les définitions rapportées précédemment qu'on qualifie habituellement la loi de règle impérative ou prohibitive. On veut dire par là que la loi contient le commandement ou l'interdiction de faire une certaine chose, en un mot un ordre positif ou négatif. Ce caractère cadre très bien avec la notion générale qu'on se forme de la loi, manifestation par excellence de la souveraineté. Or comme la souveraineté est la puissance de commander, il semble que logiquement, par définition même, la loi doit être un *commandement* formulé par voie générale.

Les auteurs français se sont en général contentés d'affirmer que la loi était impérative, contenait l'ordre de faire ou de ne pas faire une certaine chose, et n'ont point tenté d'analyser la nature de cet élément de la loi, ni de rechercher en quel sens on pouvait dire que la loi contenait un ordre, ni enfin si la loi contenait toujours un ordre.

Les auteurs allemands ont au contraire étudié ce point avec leur pénétration habituelle, particulièrement M. Laband. D'après lui, dans la loi il y a deux choses qui doivent être nettement distinguées : l'établissement d'une règle et l'ordre d'obéir à cette règle; ou, en d'autres termes, le contenu de la loi et l'ordre de la loi. Il n'y a pas de loi, dit-il, sans un ordre donné par l'Etat d'obéir à la règle contenue dans la loi (*Droit public,* édit. franç., 1901, *II*, p. 264). M. Jellinek enseigne à peu près la même doctrine. Cf. *Gesetz und Verordnung*, 1887, p. 314.

Il est incontestable que dans beaucoup de lois, l'ordre formulé par l'Etat apparaît très clairement. On peut même dire qu'en effet, en principe, toute loi contient un ordre manifeste, est impérative ou prohibitive. Certainement même dans l'évolution qu'a suivie la fonction législative, pendant une longue période, il n'y a eu que des lois contenant un commandement manifeste. Les premières lois ont été très probablement toutes des lois prohibitives; les plus anciennes lois ont été des lois pénales qui étaient des lois prohibitives.

Aujourd'hui encore, il y a une masse énorme de lois

où l'ordre donné par la puissance publique apparaît très nettement. Les sociologues discutent le point de savoir si avec les progrès de la civilisation le domaine du droit pénal augmente ou diminue. Quelle que soit la solution donnée, il est incontestable qu'il y a encore un nombre considérable de lois pénales dans les législations modernes. Les lois pénales sont essentiellement des lois prohibitives et le commandement de la puissance publique y apparaît avec évidence. D'autre part, il est incontestable que dans les sociétés modernes le nombre des lois, imposant aux individus ou aux collectivités des charges, des prestations de tous genres, va chaque jour en augmentant. C'est une conséquence de la conscience, toujours plus nette dans les sociétés modernes, des liens d'étroite solidarité qui unissent entre eux les membres d'une même nation. Toutes les lois qui établissent des impôts sous une forme quelconque sont des lois impératives. Nous en dirons autant de toutes les lois de plus en plus nombreuses qui imposent des obligations particulières à certaines personnes, comme les lois ouvrières, lois sur les accidents de travail, lois sur les retraites ouvrières et enfin toutes les lois d'assistance, qui imposent aux individus et surtout à des collectivités des charges, par exemple pour l'entretien des enfants assistés (L. 27 juin 1904), pour l'assistance médicale gratuite (L. 15 juillet 1893), pour l'assistance obligatoire aux vieillards ou aux infirmes (L. 14 juillet 1905). Ce ne sont évidemment que des exemples.

A côté de ces lois certainement impératives, il y a beaucoup de lois où l'ordre à première vue n'apparaît pas. Ce sont d'abord les lois qui ne s'adressent pas aux sujets de l'Etat, mais à l'Etat lui-même et qui déterminent ce que l'Etat peut faire ou ne pas faire, ou même doit faire. Comment ces lois pourraient-elles contenir un ordre, puisque l'Etat ne peut pas se donner un ordre à lui-même ? En France il existe beaucoup de lois de ce genre. Ce sont les Déclarations des droits et

les textes des constitutions qui ont reproduit ou rappelé les principes des Déclarations. La même question se pose pour les lois organiques et les lois de compétence, qui ne paraissent point s'adresser aux sujets, mais à l'Etat et à ses agents. Elle se pose enfin pour toutes les lois qui ne font que suppléer à la volonté des parties, que pour cette raison on appelle parfois lois *supplétives*. Ce sont en principe toutes les lois civiles auxquelles, aux termes mêmes de l'art. 6 du Code civil, on peut déroger par des conventions particulières, à moins qu'elles n'intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

1° *Les Déclarations des droits.* — L'archétype en est la Déclaration de 1789. Dans les dispositions qu'elle contient on voit l'affirmation de principes supérieurs du droit et l'expression résumée de toute une philosophie sociale, juridique et politique. C'est par exemple le principe même de l'égalité des hommes : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune » (Déclaration de 1789, art. 1) ; c'est l'énumération des droits individuels naturels de l'homme et la détermination du but de toute association politique : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » (*Ibid.*, art. 2). Qu'on lise toutes nos Déclaration des droits et aussi le préambule de la constitution de 1848, on y verra des formules générales, des principes politiques et sociaux, mais point de commandements adressés par l'Etat à ses sujets.

Aussi certains auteurs ont-ils soutenu que les Déclarations des droits n'étaient point des lois véritables. M. Esmein écrit : « Les déclarations de droit émanent de corps possédant une autorité légale et même souveraine, d'assemblées constituantes ; mais ce ne sont pas des articles de lois précis et exécutoires. Ce sont purement et simplement des *déclaration de principes* » (*Droit const.*, 4e édit., p. 456). — Il nous paraît bien difficile d'admettre cette opinion, qui

a en elle quelque chose de contradictoire. Une académie de savants formule les principes généraux d'une doctrine philosophique. Une assemblée politique, nationale et constituante fait des lois. On dit bien que pénétrés des principes de la philosophie du XVIIIe siècle, fermement convaincus de la toute puissance des formules générales, les hommes de 1789 ont cru devoir formuler les principes philosophiques dont ils s'inspireraient dans leur œuvre législative. Tout cela est vrai. Mais en même temps pénétrés de cette idée qu'ils représentaient la souveraineté nationale, qu'ils avaient la toute puissance législative, ils ne purent avoir un moment la pensée de formuler une simple déclaration philosophique et non point une loi véritable. C'était au contraire dans leur pensée la loi fondamentale, la loi supérieure à toutes les lois, même aux lois constitutionnelles. Le préambule même de la Déclaration des droits de 1789 le démontre (rapp. le préambule de la Déclaration de 1793). A l'art. 1 de la déclaration des devoirs de l'an III, on lit : « La Déclaration des droits contient les *obligations des législateurs* ». Cf. §§ 71 et 72.

La vérité est, à notre avis, que les Déclarations des droits sont bien de véritables lois, parce qu'une assemblée constituante n'a pas pu ne pas vouloir faire une loi. Nous croyons même (cf. § 72) que les dispositions de la Déclaration de 1789 sont encore aujourd'hui en vigueur. Les Déclarations des droits contiennent des dispositions impératives; mais elles s'adressent à l'Etat et non aux sujets. On est ainsi ramené à la question de savoir comment une loi, émanée de l'Etat, peut contenir un impératif s'adressant à l'Etat, comment elle peut limiter la loi. La question a été déjà traitée (§ 16); on y reviendra au chapitre III. Nous disons seulement ici que tout s'explique aisément si au lieu de dire que la loi contient un commandement, on dit que la loi formule ou met en œuvre une règle qui est impérative par elle-même, qui ne tire point son caractère impératif de la volonté de l'Etat, mais qui, à cause du fondement qu'on lui reconnaît, s'impose par elle-même à l'Etat comme aux individus. C'était précisément la pensée des auteurs de nos Déclarations des droits qui, admettant l'existence de droits naturels de l'homme, inaliénables et imprescriptibles, fondaient sur eux une règle impérative pour l'Etat et les individus.

C'était cette règle qu'ils formulaient dans les Déclarations des droits, qui contenaient ainsi un impératif, non pas parce qu'elles auraient contenu un commandement adressé par l'Etat à lui-même, ce qui était impossible, mais parce que cette règle était en soi impérative.

2° *Lois organiques.* — Ce sont toutes les lois qui créent les organes de l'Etat et qui fixent leur structure. Cette catégorie de lois comprend à la fois les lois constitutionnelles rigides et toutes les lois d'organisation politique, administrative et judiciaire. Dans les constitutions françaises de 1791 (tit. I), de 1793 (art. 122-124), de l'an III (art. 351-364), de l'an VIII (art. 76-83), des Chartes de 1814 et de 1830 (art. 1-12), de la constitution de 1848 (art. 2 à 17) et de 1852 (art. 1), un certain nombre de dispositions, placées en général sous la rubrique *garantie des droits*, interdisent au pouvoir législatif et au pouvoir exécutif de porter atteinte aux droits individuels formulés dans les Déclarations des droits et énumérés à nouveau ou simplement visés.

Tout le monde reconnaît que ces *Garanties des droits* sont des lois véritables. Ainsi pour M. Esmein les *Déclarations des droits* ne sont point des lois, mais les *Garanties des droits* ont certainement le caractère législatif. « Ce sont, dit-il, de véritables lois positives et obligatoires » (*Droit const.*, 4e édit., p. 460). Mais si ce sont des lois positives et obligatoires, elles doivent contenir un commandement. A qui est adressé ce commandement? M. Esmein dit très justement qu'il est adressé au pouvoir législatif lui-même. « Ce qu'on veut par ces garanties, c'est protéger les droits individuels contre le législateur lui-même, lui interdire de faire aucune loi qui les entame ou qui les viole ». Cela est dit d'ailleurs expressément au titre I, § 3 de la constitution de 1791 : « Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la constitution ».

Si les *Garanties des droits* contiennent un commandement, c'est un commandement adressé au législateur, c'est un commandement adressé par l'Etat à lui-même, et on ne comprend pas que l'Etat se donne un ordre à lui-même. La même question que pour les Dé-

clarations de droit se pose donc encore ici, et si les Déclarations des droits ne contiennent pas d'impératif, on doit en dire autant des Garanties des droits. La solution est la même. Les Garanties des droits, comme les Déclarations des droits, sont des dispositions impératives pour l'Etat lui-même, parce qu'elles formulent une règle antérieure et supérieure à l'Etat, qui s'impose à lui, la règle du respect des droits individuels naturels, imprescriptibles et inaliénables de l'homme. Il n'y a pas, il ne peut pas y avoir d'ordre donné par l'Etat à lui-même; mais il y a une règle de droit qui est obligatoire pour l'Etat, et c'est cette règle que constatent les Déclarations des droits et les Garanties des droits et c'est pour cela qu'elles sont impératives.

Pour les lois organiques proprement dites, lois constitutionnelles rigides ou autres, on peut encore se demander si elles contiennent véritablement un commandement de l'Etat. La loi, par exemple, qui crée et organise la présidence de la république et le parlement, contient-elle un ordre? Si cet ordre existe, à qui est-il donné? On ne peut pas parler d'ordre donné à l'Etat. On ne peut pas parler d'ordre donné aux organes de l'Etat, puisqu'ils n'ont pas une personnalité distincte de celle de l'Etat, et que, auraient-ils une personnalité distincte, ils ne peuvent pas l'avoir au moment où est portée la loi, puisque c'est de cette loi même qu'ils peuvent seulement tirer leur personnalité. Si donc l'ordre est un élément essentiel de la loi, il semble que, logiquement, les lois organiques ne sont pas véritablement des lois matérielles.

On a dit quelquefois que ces diverses lois contenaient un véritable commandement, adressé aux hommes composant les organes de l'Etat. Cette manière de raisonner est inadmissible dans la théorie de la personnalité de l'Etat, puisque dans cette théorie la personnalité des individus, qui veulent au nom de l'Etat, disparaît dans la personnalité même de l'Etat. D'autre part, si l'on admettait que la loi organique s'adresse aux individus composant les organes, il faudrait admettre aussi que la loi est faite par les individus et non par les organes; car si l'on doit considérer la personnalité des individus composant les organes au point de vue de l'applica-

tion de la loi, on doit aussi la considérer au point de vue de la confection de la loi ; et la difficulté se trouve ramenée au même point, car ce sont alors les gouvernants pris individuellement qui font une loi s'adressant à eux-mêmes ; et, dans une pareille loi, l'ordre n'apparaît pas mieux que dans celle que fait l'Etat personnifié s'adressant à ses organes, c'est-à-dire à lui-même.

La solution est encore ici la même que précédemment. La loi est toujours impérative ; seulement elle a ce caractère, non pas parce qu'elle contient un ordre proprement dit, mais parce qu'elle formule une règle de droit qui, par sa nature même, est impérative, ou bien parce qu'elle a pour but d'assurer le respect et l'application d'une règle de droit, et qu'elle a alors pour support cette règle qui, par nature, est impérative. La loi organique est une loi, au sens matériel. bien qu'elle ne contienne pas vraiment un commandement ; elle est impérative parce qu'elle a pour but d'organiser l'*Etat de droit*, c'est-à-dire de donner à l'Etat l'organisation qui paraît devoir garantir, dans les meilleures conditions possibles, l'accomplissement par l'Etat des obligations que lui impose la règle de droit. La loi organique est donc la mise en œuvre de la règle de droit, et c'est pour cela qu'elle est une loi et qu'elle a le caractère impératif.

Les lois organiques rentrent au premier chef dans la catégorie des lois que nous avons appelées ailleurs les *lois constructives* (*L'Etat, le droit objectif*, p. 560) et que nous avons définies les mesures prises par voie générale et qui ont pour but d'assurer la réalisation de la règle de droit, dont nous avons dit que l'ensemble forme une œuvre technique, produit de l'art voulu et conscient du législateur, et qui ne sont des lois qu'à la condition qu'elles aient pour support une règle de droit dont elles ont pour but d'assurer l'application. La notion que nous nous formons de la loi constructive est certainement analogue à celle que M. Hauriou se forme du règlement considéré au point de vue matériel. Notre savant collègue écrit en effet ceci : « La loi est émanation du milieu social et condition d'existence de l'Etat considéré comme milieu social ; le règlement est émanation de la puissauce gouvernementale et condition d'existence de l'Etat considéré comme organisme public » (*Droit admin.*, 5e édit., 1903, p. 19 et note 3). Par cette formule sibylline, M. Hauriou ne veut-il pas dire tout simplement que sont règlements toutes les dispositions qui sont édictées par l'autorité publique à l'effet d'assurer l'application de toutes les règles de

croit dérivant du milieu social? Ce sont justement ces dispositions que nous appelons *lois matérielles constructives*. On ne doit point, ce nous semble, employer le mot règlement pour désigner ce genre de dispositions, ce mot étant employé, suivant une tradition déjà longue, pour désigner des dispositions par voie générale émanées d'un organe qui n'a pas normalement la compétence législative, c'est-à-dire au point de vue simplement formel.

3° *Lois de capacité et de compétence*. — Ce sont toutes les lois qui, d'une manière générale, permettent à une personne déterminée de faire telle ou telle chose. Certains auteurs les appellent des *lois permissives*, parce qu'elles ont pour but essentiel de *permettre* à des personnes déterminées de vouloir juridiquement certaines choses, soit dans le domaine du droit public, soit dans le domaine du droit privé. Au premier abord, c'est surtout de ces lois qu'on peut dire qu'elles ne contiennent point d'ordre, puisqu'elles contiennent une simple permission de faire telle chose, sauf cependant certaines exceptions dans le droit public, où parfois le fonctionnaire est obligé d'agir; le magistrat par exemple est obligé de juger (C. civ., art. 4). En y regardant de plus près, on s'aperçoit que dans toutes les lois de compétence (qui elles aussi sont des lois *constructives*), il y a véritablement un impératif direct, parce que la permission implique la défense de faire ce qu'il n'est pas permis de faire.

Pour les lois relatives au pouvoir et à la capacité en droit privé, la chose ne peut guère présenter de difficulté. Comme en droit privé la capacité est logiquement la règle et l'incapacité l'exception, toutes les lois relatives à la capacité de droit privé contiennent une prohibition impérative, l'interdiction de faire certaines choses, par exemple l'interdiction au mineur, à la femme mariée, à l'interdit de faire des actes juridiques ou de les faire sans que certaines conditions soient réunies. De même il semble bien que les lois qui déterminent les pouvoirs civils d'un individu, par exemple du tuteur, du curateur, du conseil judiciaire, du mari, et qui leur permettent de faire telle

chose, leur interdisent par là-même de faire autre chose.

Le caractère des lois qui fixent la compétence des organes et des agents publics est plus difficile à déterminer. On verra au § 49 qu'il y a deux grandes catégories d'organes de l'Etat, que suivant la terminologie française nous appellerons dans ce livre les *représentants* et les *agents* (Const. de 1791, tit. III, chap. IV, sect. II, art. 1). Les représentants expriment la volonté même de l'Etat et s'identifient avec l'Etat lui-même. Ils n'ont pas une personnalité distincte, et par conséquent les lois qui déterminent leur compétence sont des lois qui s'adressent à l'Etat. Comme toutes les lois de compétence, elles contiennent une prohibition et cette prohibition s'adresse à l'Etat lui-même. Dès lors la question est la même et doit être résolue de la même manière que pour les Déclarations des droits et les lois organiques.

Pour les agents, tout le problème est de savoir s'ils ont, en tant qu'agents, une personnalité distincte de celle de l'Etat. Il semble bien qu'on doive donner une solution affirmative (cf. *infra*, § 49). Dès lors toutes les lois, très nombreuses, qui déterminent la compétence des agents, contiennent un ordre prohibitif s'adressant à des personnes distinctes de l'Etat et en vertu duquel ces personnes ne peuvent rien faire au delà de leur compétence. Parfois ces lois de compétence contiennent un ordre impératif, l'ordre donné à l'agent d'intervenir et même quelquefois d'intervenir dans un sens déterminé. Les agents administratifs, en principe, sont libres d'agir ou de ne pas agir ; parfois ils sont obligés d'agir et même d'agir dans un certain sens. Les agents juridictionnels sont eux obligés d'agir ; ils ne peuvent pas refuser de juger et ils doivent juger dans le sens indiqué par la loi. On peut dire que les lois de compétence s'adressant à des agents de juridiction contiennent toutes un ordre impératif.

4° *Lois supplétives*. — Nous appelons ainsi toutes les lois qui ne s'appliquent qu'à la condition que les parties intéressées n'aient pas voulu en écarter l'application. Comment concevoir que des dispositions émanées de l'Etat soient des lois, quand les sujets de l'Etat peuvent à leur gré les appliquer ou non? Et cependant dans les législations modernes le nombre des lois de ce genre est considérable. Ce sont presque toutes les lois civiles et commerciales. Aux termes de l'art. 6 du code civil : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », et d'après l'art. 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Voilà donc des lois qui ne s'appliquent que s'il n'y a pas convention contraire, et s'il y a convention contraire, elle tiendra lieu de loi. Il y a sans doute une réserve : « Quand ces lois n'intéressent pas l'ordre public et les bonnes mœurs ». Il n'est pas sans difficulté de déterminer la portée de cette réserve, et de dire quand une loi civile ou commerciale touche à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Le lieu n'est pas ici de discuter la question, mais seulement de rechercher si ces dispositions supplétives peuvent être des lois au sens matériel.

Il semble que de pareilles lois ne contiennent point un ordre donné par l'Etat à ses sujets, que même elles ne formulent pas une règle impérative par elle-même, puisque de toute évidence n'est pas règle impérative celle dont ceux qui y seraient soumis peuvent, quand ils le veulent, écarter l'application. Faut-il en conclure que parmi les lois civiles et commerciales, seulement celles qui touchent à l'ordre public et aux bonnes mœurs sont des lois au sens matériel, parce que seules elles contiennent une règle à laquelle on ne peut pas se soustraire, que toutes les autres (et c'est de beaucoup le plus grand nombre) sont simplement des lois au sens formel, des règles formulées par un

législateur prévoyant pour faciliter le règlement des rapports civils et commerciaux, mais qui n'ont aucunement le caractère intrinsèque de loi ?

La question est très embarrassante, car d'une part il parait difficile de reconnaître à ces actes le caractère de loi, et d'autre part il serait étrange qu'une partie aussi importante des législations modernes n'eût pas en réalité le caractère législatif. Cependant, sauf quelques rares exceptions, les civilistes français ne paraissent pas soupçonner la difficulté.

M. Planiol définit la loi : « Une règle sociale obligatoire... » (*Droit civil*, I, n° 134; et au n° 273 du même volume, il écrit : « En résumé, les dispositions de la loi, qui ne contiennent aucune prohibition expresse, sont de deux sortes, les unes sont *obligatoires* en ce sens que leur observation s'impose aux particuliers et qu'il n'est pas permis d'y déroger..., les autres sont *facultatives*, leurs décisions n'ont qu'une valeur interprétative de volonté ou supplétive... » La loi n'est donc pas toujours une règle *obligatoire*, elle est parfois une règle *facultative;* mais pourquoi notre savant collègue, dans la définition principielle qu'il donne de la loi, dit-il qu'elle est une règle *obligatoire?*

Le seul auteur français qui à notre connaissance ait essayé de résoudre la difficulté est M. de Vareilles-Sommières, dans une brochure intitulée : *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, 1899. L'auteur déclare en commençant que la loi est par définition une règle obligatoire, qu'une décision à laquelle on pourrait déroger ne serait pas une loi et qu'on « ne peut déroger à aucune loi » (p. 9). Mais, dit M. de Vareilles-Sommières, comment expliquer qu'à chaque instant les parties, par des conventions particulières, dérogent régulièrement aux dispositions de la loi ? L'auteur répond que cela s'explique si l'on comprend que l'art. 6 du code civil ne signifie pas autre chose que ceci : « On peut en principe renoncer aux droits que la loi nous confère; toutefois on ne le peut pas quand la loi le défend, et la loi le défend tacitement ou expressément lorsque la renonciation serait contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ».

Cette explication n'en est pas une; et l'auteur joue sur les mots. On ne peut se soustraire à l'ordre de la loi, dit-il, mais on peut renoncer aux droits qu'elle confère. Nous répondons; quand la loi confère un droit à *Primus*, elle impose un ordre prohibitif à *Secundus*, l'ordre de ne pas entraver le droit de *Primus;* si *Primus* renonce à son droit, *Secundus* est dispensé d'obéir à l'ordre prohibitif de la loi. Par conséquent dire qu'on peut renoncer aux droits conférés par la loi ou qu'on peut déroger à ses dispositions, c'est dire la même chose; et si l'on ne peut pas déroger aux dispositions de la loi, on ne peut pas davantage renoncer aux droits qu'elle confère. Toutefois M. de Vareilles-Sommières garde le mérite d'avoir vu la difficulté et essayé de la résoudre.

Pour comprendre le vrai caractère des lois supplétives, il faut rappeler comment elles se sont formées. Elles ont apparu certainement les dernières dans l'évolution de la fonction législative. Elles ont été la reconnaissance par le législateur de règles établies par la coutume. Les conventions intervenant habituellement entre les parties ont été le principal élément de la formation coutumière. Les tribunaux prirent naturellement l'habitude, pour statuer sur une question litigieuse entre parties privées, de s'en référer à l'usage, et leurs décisions devinrent ainsi le mode d'expression principal de la coutume. Ce point est essentiel : à l'époque coutumière du droit privé, les tribunaux, à défaut de conventions expresses entre les parties, réglaient la question suivant les usages communément suivis; ils décidaient que les parties n'ayant rien dit avaient voulu s'en référer à la coutume. Les parties pouvaient ainsi ou bien suivre la coutume, ou bien faire des conventions y dérogeant; et si elles n'en avaient pas fait, les tribunaux appliquaient la coutume. Arrive la période du droit écrit; les règles coutumières sont codifiées. Cette intervention du législateur ne vient point diminuer l'autonomie de la volonté des particuliers. Les parties pouvaient faire des conventions contraires à la coutume; de même elles pourront faire des conventions contraires à la loi, qui n'est que la constatation de cette coutume. Pour les parties rien de changé. Mais l'intervention du législateur a produit un effet très important. Elle a déterminé, d'une manière précise, le devoir du juge à défaut de convention entre les parties et au cas de doute sur le sens ou la portée d'une convention. Le juge doit alors statuer conformément à la disposition de la loi ; il ne peut pas se soustraire à cette obligation.

Ainsi on voit apparaître le commandement que contient la loi supplétive. Il ne s'adresse pas aux particuliers, qui restent libres en principe de régler conventionnellement leurs rapports privés ; mais il s'adresse

aux agents juridictionnels de l'Etat chargés de statuer sur les litiges s'élevant entre parties. La loi supplétive contient en réalité un double commandement : elle commande aux juges de régler en principe les rapports privés suivant les conventions intervenues entre les parties, et secondement elle commande aux juges, au cas d'absence de convention ou d'obscurité de la convention intervenue, de statuer suivant les dispositions qu'elle édicte. La loi supplétive contient donc bien réellement un commandement adressé, non pas aux particuliers, mais aux agents de juridiction.

On peut dire très justement que les lois supplétives sont des lois de compétence ; elles décident qu'en principe, au cas d'absence de conventions entre parties privées ou au cas d'obscurité des conventions intervenues, les juges ne sont *compétents* que pour statuer conformément aux dispositions qu'elles édictent. C'est pour cela que nous avons pu les faire rentrer dans la catégorie des lois que nous appelons lois *constructives*. Cf. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1900, p. 565.

D'ailleurs, on peut très légitimement soutenir que l'ordre de la loi, quel qu'il soit, ne s'adresse jamais aux particuliers, mais seulement aux fonctionnaires. On peut dire que les lois pénales elles-mêmes ne contiennent au fond qu'un ordre adressé aux fonctionnaires : la loi pénale, en réalité, ne défend pas de tuer, de voler ; elle ordonne seulement au juge, lorsqu'un individu est convaincu de vol, de meurtre, etc., de prononcer contre lui une certaine peine. La règle qui défend de tuer, de voler, est une règle morale, peut-on dire, comme celle qui défend de mentir et non point une règle juridique. Cette conception aurait l'avantage de permettre une solution assez élégante de la question du droit de commander et de la conciliation de la liberté individuelle et du pouvoir de l'Etat. En effet on peut dire alors que l'Etat ne commande pas aux particuliers qui conservent leur entière indépendance, mais seulement à ses agents qui, en devenant volontairement ses agents, se sont volontairement subordonnés à sa volonté. Cf. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 434.

37. La sanction de la loi. — On demande souvent s'il peut exister des lois sans sanction. La question, ainsi formulée, ne peut pas se poser, parce que toute loi, peut-on dire, contient elle-même sa propre sanction. En effet, malgré les controverses qui existent sur la vraie nature de la loi positive, on reconnaît que la loi est essentiellement la formule d'une

règle de droit. D'autre part, quelle que soit l'opinion admise sur le fondement du droit, on reconnaît aussi que le droit objectif est une règle sociale. Par conséquent la loi qui contient la formule du droit objectif est elle-même une règle sociale. Si en fait la loi positive n'était pas la formule d'une règle sociale, répondant à un besoin social, elle ne serait pas en réalité une loi et disparaîtrait. Les juristes discutent la question de savoir si une loi peut être abrogée par le non-usage. La discussion est sans intérêt parce que, incontestablement, une loi qui est certainement en opposition absolue avec les éléments de la solidarité sociale, est comme si elle n'était pas. C'est pure subtilité de discuter le point de savoir si en droit strict elle existe encore. Socialement elle n'est pas.

Cela posé, on aperçoit que la question de sanction de la loi ne se pose que lorsque l'un des individus soumis à la loi fait un acte contraire ou conforme à la loi, fait une chose que la loi lui permet de faire, ou fait une chose que la loi lui défend de faire. Si l'on fait un acte conforme à la loi, laquelle est par définition une règle sociale, cet acte est par là même un acte social, il a une valeur sociale et socialement reconnue; cette reconnaissance sociale de la valeur sociale de l'acte conforme à la loi constitue la sanction même de la loi. Par contre l'acte contraire à la loi sera nécessairement un acte anti-social, sans valeur sociale, et par conséquent entraînera forcément une réaction sociale qui sera sanction de la loi. Cette réaction sociale affectera naturellement des formes diverses suivant les temps et les pays; ici elle est plus ou moins énergique, plus ou moins prompte; là elle sera organisée complètement ou imparfaitement. Peu importe; elle existera toujours. La loi étant par nature une règle sociale, la violation de la loi a forcément un contre-coup social qui forme la sanction même de la loi. La loi porte ainsi en elle-même sa propre sanction. En réalité, il ne peut pas y avoir de loi sans sanction.

C'est la même idée qu'exprime Ihering, qui, tout en enseignant qu'il n'y a pas de règle de droit en dehors de celles établies par l'Etat, affirme cependant à plusieurs reprises que la première garantie du droit se trouve dans le sentiment du droit (*Der Zweck im Rechte*, I, p. 368). M. Hauriou ne veut-il pas aussi exprimer une idée analogue, quand il dit que la loi est « l'expression de l'Etat milieu social » ? (*Droit administratif*, 5e édit., 1903, p. 19).

La vraie question est celle-ci : L'Etat possède des moyens de contrainte matérielle, ou plus exactement le gouvernement qui représente l'Etat possède des moyens pour imposer par la force la volonté qu'il exprime au nom de l'Etat; faut-il, pour qu'il y ait loi, que l'acte ou l'abstention commandés par la loi puissent être imposés par l'emploi de la force matérielle?

A cette question beaucoup d'auteurs répondent affirmativement. M. Planiol notamment définit la loi : « Une règle... sanctionnée par la force » (*Droit civil*, I, n° 134). D'autres auteurs plus prudents se sont bien gardés de parler de la force dans la définition qu'ils ont donnée de la loi. Ainsi M. Esmein n'en dit rien. Ils ont bien raison : d'abord parce qu'il y a beaucoup de lois desquelles il est impossible évidemment qu'il y ait une sanction par la force, et de plus parce que, quelque paradoxal que cela paraisse, il ne peut y avoir pour aucune loi une sanction directe par la force, mais seulement une sanction tout à fait indirecte.

Il y a beaucoup de lois desquelles il est absolument impossible qu'il y ait une sanction par la force étatique. Ce sont toutes les lois qui s'adressent à l'Etat lui-même ou à ses organes directs ou de représentation qui se confondent avec lui (cf. *supra*, § 36). Si l'Etat viole un droit individuel, si le parlement par exemple, d'accord avec le chef de l'Etat, fait une loi qui viole des droits individuels, il est évidemment impossible que la force intervienne pour réprimer cette violation de la loi. Si le parlement néglige de faire une chose qu'il doit faire, il est impossible de l'y contraindre par la force, et l'emploi de la force contre lui, par exemple par le chef de l'Etat, conduirait tout droit à la guerre civile. De même si le chef de l'Etat outrepasse ses pouvoirs, fait par exemple une dissolution illégale, on ne voit guère de moyen de réprimer de pareils actes par la force. Si le chef de l'Etat agit ainsi, c'est

qu'il possède tout au moins une partie de la force publique ; sans doute le parlement a peut-être aussi en fait la disposition d'une certaine force publique ; il peut même la requérir directement (L. 22 juillet 1879, art. 5). Mais l'emploi de la force en pareil cas contre le parlement ou le chef de l'Etat serait l'ouverture de la guerre civile. Il est incontestable que les Déclarations des droits, les lois constitutionnelles en général ne peuvent normalement être sanctionnées par la force. On l'a dit il y a longtemps : elles n'ont d'autre sanction à certains moments que la loyauté et la bonne foi des hommes qui les appliquent. Il faut ajouter qu'elles ont aussi pour sanction la réaction sociale plus ou moins forte, mais certaine, que produit toujours leur violation ; et ainsi, bien qu'elles ne soient pas sanctionnées par la force, elles sont certainement des lois au sens matériel.

Qu'on n'objecte pas qu'une haute juridiction pourrait exister pour apprécier la validité des actes faits par les organes politiques, par exemple par le parlement et annuler tous ceux qui seraient faits en violation des Déclarations des droits et de la constitution. Incontestablement une juridiction de ce genre pourrait exister ; et de bons esprits pensent qu'on devrait la créer. Le sénat conservateur de la constitution de l'an VIII était théoriquement une juridiction de cette sorte (Const. an VIII, art. 21) ; et la précédente chambre des députés a été saisie d'une proposition de revision tendant à créer une juridiction compétente pour juger la constitutionnalité des lois (Prop. Jules Roche, chambre, 1903, *J. off.*, *Doc. parl.*, sess. ord., p. 97). Une pareille juridiction existerait-elle, il n'en résulterait point un mode de sanction des lois constitutionnelles par la contrainte. Qu'on suppose en effet que cette juridiction annule, comme contraire à la constitution, à la Déclaration des droits, un acte du parlement, qui par hypothèse a été promulgué par le chef de l'Etat ; cette décision il faut la ramener à exécution par la force, c'est-à-dire empêcher par la force l'application de l'acte déclaré inconstitutionnel. Mais c'est le parlement et le chef de l'Etat qui disposent de la force ; donc on ne pourra pas employer la force contre eux pour assurer l'application du jugement et le jugement ne sera appliqué que si les organes supérieurs de l'Etat le veulent bien. Rien n'est donc changé, et la loi constitutionnelle reste toujours dépourvue de sanction directe. Cf. *infra*, § 94.

Les lois elles-mêmes qui s'adressent aux gouvernés

ne peuvent être l'objet d'une sanction directe par la force matérielle. Il y a d'abord à cela une raison d'ordre psychologique, mais qui n'en est pas moins puissante. Les dispositions impératives de la loi s'adressent à une volonté. C'est la volonté du législateur qui veut s'imposer aux volontés des gouvernés; la loi tend à obliger une volonté, à vouloir telle chose. Or, il n'y a pas de puissance au monde qui puisse contraindre directement une volonté à vouloir ou à ne pas vouloir une certaine chose. Donc, en réalité, il n'y a jamais de force contraignante susceptible d'assurer directement l'application de la loi. Ce n'est point à dire que la contrainte n'intervienne pas; mais elle intervient tout à fait indirectement. Elle intervient quand la loi a été violée pour assurer une répression, une réparation, ou l'annulation de l'acte fait en violation de la loi. Elle intervient quand un acte a été fait conformément à la loi pour assurer la réalisation de l'effet légalement voulu.

Lois pénales. — Ce sont celles qui paraissent le plus directement sanctionnées par la contrainte. Et cependant, même pour ces lois, on ne peut pas dire que la contrainte soit employée pour en assurer directement l'application. Sans doute, les mesures matérielles de police qui sont prises au nom de l'Etat et des communes pour assurer la tranquillité et la sûreté publiques, constituent un mode de sanction préventif matériel de la loi pénale. Mais ces mesures de police, tant qu'il n'y a pas eu violation de la loi, constituent-elles véritablement un emploi de la contrainte matérielle? Elles ne sont dirigées contre aucune personne déterminée. Elles sont une démonstration de la force publique, une sorte d'avertissement à tous ceux qui seraient tentés de violer la loi que la force est là pour assurer la répression s'il y a violation. La contrainte matérielle n'intervient réellement que lorsque la loi est violée. Un agent est spécialement compétent pour ordonner l'arrestation du présumé coupable; certains

agents peuvent procéder à cette arrestation ; une juridiction déterminée est compétente pour apprécier si l'infraction a été commise et pour prononcer une certaine peine contre celui qui est convaincu d'en être l'auteur. La peine prononcée, mort, travaux forcés, réclusion, emprisonnement, sera matériellement exécutée contre le condamné. Voilà la contrainte matérielle. Elle n'apparaît que pour permettre d'exécuter la condamnation ; car l'arrestation préventive elle-même n'a pas d'autre but que de permettre d'exécuter la condamnation. La contrainte matérielle est donc employée non pas précisément pour assurer l'exécution de la loi, mais l'exécution d'un jugement rendu conformément à la loi. Il est vrai que cette condamnation est destinée aussi à agir par voie préventive, par intimidation à l'égard de ceux qui seront tentés de commettre la même infraction. Mais on reconnaîtra qu'il y a là une sanction matérielle de la loi tout à fait indirecte.

Lois prohibitives non pénales. — Il paraît tout à fait évident qu'elles ne sont pas, qu'elles ne peuvent pas être sanctionnées directement par la force. Leur sanction est une réparation pécuniaire ou une nullité, qui n'intervient naturellement que lorsqu'il y a eu violation de la loi. Si le fait défendu est un fait matériel, la force n'interviendra que lorsque l'agent compétent a constaté le fait et ordonné l'accomplissement d'une réparation ; c'est cette décision juridictionnelle qui sera exécutée par la force, et non point la loi.

Si la manifestation de volonté interdite par la loi a eu lieu en vue de produire un effet de droit, la sanction est habituellement la nullité de l'acte. Mais il n'y a pas forcément nullité, et une disposition par voie générale qui défendrait certains actes juridiques sans établir la sanction de la nullité, serait néanmoins une loi matérielle ; la *lex imperfecta* est encore une loi. Cela résulte de tout ce qui précède : la nullité, comme la répression, la réparation n'est qu'un moyen imaginé

pour arriver indirectement à une sanction de la loi. Ces moyens peuvent être plus ou moins énergiques, plus ou moins incomplets; ils peuvent manquer même. La disposition restera quand même une loi, quand elle est générale et impérative, parce que sa vraie sanction se trouve dans son caractère de règle sociale. Aujourd'hui la *lex imperfecta* est extrêmement rare, et on peut dire que toute manifestation de volonté, faite avec l'intention de produire un effet de droit, est en règle frappée de nullité quand elle est contraire à un texte de loi. Cette nullité est prononcée ou constatée par un agent compétent, et c'est encore ici la décision de l'agent qui sera exécutée, si besoin est, par l'emploi de la contrainte matérielle. Il faut observer d'ailleurs que la nullité d'un acte fait en violation de la loi étant prononcée, il ne sera pas toujours possible, même par l'emploi de la force, de remettre les choses en l'état, et la nullité est un moyen quelque peu imparfait de sanction des lois.

Lois impératives. — Ce sont celles qui imposent directement à certaines personnes l'obligation d'accomplir une certaine prestation, un certain agissement, comme les lois d'impôts ou encore les lois récentes sur les congrégations religieuses (L. 1er juillet 1901, art. 18 et L. 7 juillet 1904) ou sur la séparation des Eglises et de l'Etat (L. 9 décembre 1905). Pour les lois de ce genre, il n'y a pas non plus un mode de sanction directe par la force. La question de sanction ne se pose évidemment que lorsque la prestation ou l'agissement ordonnés par la loi ne sont pas effectués. En pareil cas, un acte juridique individuel doit intervenir, acte juridique proprement dit, acte administratif ou acte juridictionnel (le point importe peu), un acte qui fait naître une obligation pour un individu déterminé; et c'est cet acte individuel qui sera ramené à exécution par la force. Ce n'est point la loi, à vrai dire, qui est exécutée, c'est un acte de volonté individuelle émanant d'un agent de l'Etat et qui, fait con-

formément à la loi, produit un effet dont la réalisation ou l'équivalent sont garantis par l'emploi de la contrainte.

En résumé, on dit une chose peu exacte quand on définit la loi une règle obligatoire sanctionnée par la force. L'emploi de la force n'est pas étranger complètement à la sanction de la loi; mais il n'intervient jamais que tout à fait indirectement, pour assurer la réalisation d'un effet de droit voulu conformément à la loi, ou pour garantir une répression, une réparation ou une annulation au cas où un acte est fait contrairement à la loi. Pour certaines lois, l'emploi de la contrainte est impossible même indirectement. Tout ce qu'on peut dire dans une définition générale de la loi, c'est qu'elle est une règle édictée *sous une sanction sociale*. La formule est un peu vague, mais elle est seule exacte.

B. *La fonction administrative.*

38. La fonction administrative et l'acte administratif. — Il faut déterminer le caractère de la fonction administrative, comme nous l'avons fait pour la fonction législative, au point de vue purement *matériel*, c'est-à-dire au point de vue de la nature juridique interne de l'acte administratif, sans considérer le caractère de l'organe ou de l'agent qui fait l'acte. Au point de vue *formel*, la fonction administrative comprend tous les actes qui émanent d'organes ou d'agents auxquels la loi du pays considéré attribue le caractère administratif. Assurément cette conception formelle est commode, parce qu'elle dispense dans la pratique de faire une analyse juridique qui souvent est délicate. Mais cette conception, par cela même qu'elle est formelle, est artificielle; elle n'est pas adéquate à la réalité des faits. On a déjà dit que souvent des organes ou des agents, n'ayant certainement pas le caractère administratif, faisaient des actes certai-

nement juridictionnels ou législatifs. A l'inverse des organes qui n'ont pas le caractère administratif, font parfois des actes qui sont intrinsèquement des actes administratifs, par exemple le parlement. Une théorie qui ne déterminerait pas le caractère interne de l'acte, indépendamment du caractère attribué à l'organe ou à l'agent qui l'a fait, serait incontestablement incomplète et artificielle. Cependant, il faut faire observer que le point de vue formel n'est pas sans intérêt pratique. La question de la recevabilité des recours contre un acte ne peut souvent être résolue que par la détermination du caractère appartenant à l'organe ou à l'agent qui l'a fait. Parfois tel acte, qui est certainement administratif, est insusceptible de recours parce qu'il émane d'un organe, le parlement par exemple, contre les décisions duquel les lois du pays considéré n'admettent pas de recours. A l'inverse, certains actes, qui ne sont pas administratifs de leur nature, sont cependant susceptibles d'un recours administratif, parce qu'ils émanent d'une autorité administrative. Mais ces questions se rattachent à la théorie des organes de l'Etat et non point à la théorie des fonctions, qui doit se suffire elle-même.

De même que nous avons déterminé la nature de la fonction législative par le caractère interne de l'acte législatif et sa répercussion dans le monde du droit, de même nous déterminerons à l'aide de ces éléments la nature de la fonction administrative. Si par la fonction législative l'Etat intervient dans le domaine du droit objectif, il est à présumer que par la fonction administrative il intervient dans un autre domaine juridique, qui ne peut être naturellement que le domaine du droit subjectif. En faisant la loi l'Etat formule une règle abstraite, sans considération d'espèce ni de personne. Il est à présumer qu'il n'en est pas ainsi quand l'Etat fait un acte administratif, et qu'alors l'Etat, en vue d'une situation particulière, entre en relation avec une personne déterminée. Enfin la loi est

une règle générale, qui s'applique à une série indéterminée de cas. On doit penser qu'au contraire l'acte administratif sera un acte individuel, qui disparaîtra lorsque l'effet particulier voulu sera réalisé.

Ces conséquences présumées, auxquelles nous arrivons en opposant l'acte administratif à l'acte législatif, s'expliquent toutes très aisément, si nous concevons l'acte administratif comme un acte juridique proprement dit fait par l'Etat. L'acte juridique *stricto sensu* est toute manifestation de volonté conforme au droit objectif et donnant naissance à une situation de droit subjectif. Par suite notre conception de la fonction administrative se résume en ceci : c'est la fonction par laquelle l'Etat fait des actes juridiques, c'est-à-dire exprime une volonté à l'effet de faire naître une situation de droit subjectif. Ainsi l'acte administratif est toujours un acte individuel et concret; au contraire l'acte législatif est une disposition générale et abstraite. L'acte législatif est la formule d'une règle de droit; l'acte administratif est la création d'une situation de droit.

L'acte administratif étant un acte juridique, toute la théorie de l'acte juridique s'applique, et on montrera plus loin comment cette théorie se comporte en tant qu'elle s'applique aux actes administratifs. Mais dès à présent il importe de bien comprendre que, l'acte juridique étant par définition une manifestation de volonté qui produit un effet de droit à la condition qu'elle soit conforme au droit objectif, et, dans un régime d'*état de droit* et une période législative comme ceux des nations modernes le droit objectif se confondant approximativement avec la loi, l'acte administratif ne peut être utilement fait par l'Etat que dans les limites fixées par la loi. La fonction administrative a ainsi son domaine déterminé par la législation, et l'Etat administrateur ne peut agir que dans les cas et sous les conditions déterminés par l'Etat législateur. Comment l'Etat administrateur est-il lié par la loi que

lui-même Etat il a édictée? La question se rattache au problème général de la subordination de l'Etat au droit, et en même temps à celui du fondement du droit public, problèmes dont il a été déjà parlé au § 16, et sur lesquels nous reviendrons au chapitre IV de la Ire partie.

Notre conception de l'acte administratif rencontre des objections qui, au premier abord, paraissent graves, et qui se ramènent à deux :

1° On ne peut pas définir, dit-on, la fonction administrative en disant qu'elle consiste à faire des actes juridiques proprement dits, actes individuels et concrets, parce que la fonction administrative comprend toute une quantité d'actes qui ne sont point individuels et concrets, mais qui sont au contraire des dispositions générales et abstraites; ce sont tous les règlements administratifs, par exemple les règlements du chef de l'Etat, les arrêtés réglementaires des ministres organisant les ministères, le fonctionnement des différents services publics. Ce sont là, dit-on, des dispositions par voie générale, et cependant ce sont certainement des actes administratifs. De plus, ajoute-t-on, les arrêtés de police des préfets et des maires sont des dispositions par voie générale et cependant ce sont bien des actes administratifs. Le préfet et le maire sont essentiellement des agents; leurs actes ne peuvent être que des actes administratifs. La police est, dit-on, par nature même, fonction administrative. Une mesure individuelle de police est certainement un acte administratif; on ne voit pas comment une disposition par voie générale, faite en vue de la police, ne serait pas elle aussi un acte administratif. Enfin, ajoute-t-on, les conseils généraux, les conseils municipaux font aussi certains règlements d'organisation, en matière de services départementaux, de police sanitaire, d'octroi (L. L. 10 août 1871, 5 avril 1884, 15 février 1902, 27 juin 1904). Les règlements ainsi votés sont des dispositions par voie générale et ce sont bien cependant des actes administratifs.

Nous avons déjà parlé des règlements (§ 34) et nous y reviendrons aux §§ 40 et 41. Mais nous devons répondre ici que l'objection ne porte pas, parce qu'elle repose sur une confusion certaine entre le point de vue matériel et le point de vue formel. Que les règlements soient des actes qui émanent d'autorités administratives, c'est incontestable au moins pour les règlements qui émanent des ministres, des préfets, des maires, des conseils généraux et des conseils municipaux. La chose est moins certaine pour les règlements du président de la république (cf. § 59). Que les règlements, émanés des autorités administratives, soient susceptibles des mêmes recours que les actes individuels, c'est encore certain. Mais cela ne prouve point que ces règlements aient le caractère matériel d'*actes administratifs*. La recevabilité d'un recours dépend avant

tout du caractère de l'organe ou de l'agent qui a fait l'acte. En disant que les règlements sont des actes administratifs parce qu'ils émanent d'agents administratifs, on ne démontre rien, on formule une affirmation gratuite reposant sur la confusion de deux points de vue qui doivent être soigneusement distingués.

2° On a fait une seconde objection et dit : on ne peut pas définir la fonction administrative la fonction de l'Etat qui consiste à faire des actes juridiques proprement dits, parce que la fonction administrative comprend toute une série d'actes qui ne sont point par eux-mêmes des actes juridiques, ne contenant pas une manifestation de volonté faite en vue de produire un effet de droit; et cependant ces actes n'échappent pas au droit et rentrent dans le domaine de la fonction administrative.

L'objection ne porte pas. En effet il y a beaucoup d'actes qui se rattachent à l'activité administrative de l'Etat et qui cependant ne sont pas des actes juridiques; ce sont les actes innombrables par lesquels l'Etat remplit ses diverses missions : opérations militaires, maritimes, enseignement, travaux publics, transport, faits matériels d'exécution. Nous ne faisons aucune difficulté de reconnaître que ces actes n'échappent pas à la prise du droit administratif, se rattachent à la fonction administrative, mais cela n'infirme aucunement la définition donnée de la fonction administrative.

On pourrait d'abord dire (mais la réponse serait un peu scolastique) : l'Etat est une personne juridique et par conséquent il ne peut faire que des actes juridiques ; les actes qui procèdent d'une activité purement matérielle ne peuvent jamais rentrer dans une des fonctions de l'Etat, qui ne peuvent jamais comprendre que des actes juridiques. Cette réponse ne serait point inexacte; il est certain que l'Etat comme tel ne peut faire des actes matériels, qu'il peut seulement instituer des préposés pour faire en son nom, pour son compte et sous sa direction des actes matériels. Mais il est peut-être un peu trop subtil de dire que de pareilles opérations ne rentrent pas dans une des fonctions de l'Etat.

Nous ne faisons aucune difficulté pour reconnaître que ces opérations matérielles rentrent dans l'administration comprise au sens général. Nous disons seulement que ces opérations ne peuvent pas rentrer dans l'administration au sens juridique. La chose nous paraît tellement évidente qu'il est inutile d'y insister. Mais d'un autre côté, la définition que nous avons donnée (et que nous maintenons) de la fonction administrative n'a point pour conséquence de soustraire ces opérations matérielles à la prise du droit administratif. En effet, la plupart du temps ces opérations matérielles se rattachent à un acte administratif proprement dit faisant naître une situation juridique. Très souvent elles sont la préparation d'un acte administratif, elles constituent les conditions de forme exigées pour la validité de cet acte (par ex. un établissement de plans, de devis, de cahiers des charges pour un marché de travaux publics, enquêtes,

mise en demeure, etc.). La validité de l'acte administratif étant subordonnée à la régularité de ces opérations, elles tombent naturellement sous la prise du droit administratif. Très souvent aussi les opérations matérielles sont l'exécution d'un acte juridique administratif; elles rentrent alors directement dans le droit administratif puisqu'elles se relient intimement à un acte juridique administratif.

M. Hauriou a très justement écrit : « On ne saurait trop se pénétrer de cette idée que les prétentions émises par les nombreux agents d'exécution avec lesquels le public se trouve en contact (agents financiers, agents voyers, agents de police même) ne sont pas des décisions exécutoires, ne sont que des mesures d'exécution. L'acte administratif est caché derrière ; c'est l'acte en vertu duquel ces prétentions se manifestent » (*Droit admin.*, 5e édit., 1903, p. 263, note 1).

Enfin il peut exister certaines opérations matérielles accomplies pour le compte de l'Etat, qui ne se rattachent à aucun acte juridique administratif comme préparation ou comme exécution, ou qui se rattachent à un acte juridique administratif qui ne peut avoir aucun effet à l'égard du particulier considéré. Ces actes ne sont point eux non plus indifférents au droit, parce qu'ils peuvent être la cause d'une responsabilité, soit de l'Etat, soit de ses agents vis-à-vis des particuliers. Quels sont exactement le fondement et l'étendue de cette responsabilité ? Le lieu n'est pas ici de les déterminer. Mais il est certain que cette responsabilité n'a pas pour cause efficiente un acte juridique ; par conséquent on ne peut pas dire qu'il y a dans ces opérations matérielles l'exercice d'une fonction juridique de l'Etat. Il y a des faits qui sont la condition de la naissance de droits ; il n'y a pas, au point de vue juridique, l'exercice d'une fonction de l'Etat.

39. De quelques doctrines relatives à la nature de la fonction administrative. — Beaucoup d'auteurs enseignent que la fonction administrative ne se réduit point à l'accomplissement par l'Etat d'actes juridiques proprement dits. Prenant surtout en considération le caractère administratif des actes dont on vient de parler, règlements, opérations matérielles, ils estiment qu'il faut donner une définition beaucoup plus large de la fonction administrative, une définition fondée sur la détermination du but que poursuit l'Etat en administrant.

Toutes les doctrines, auxquelles nous faisons allusion, sont en effet fondées sur l'idée de but. A notre avis, c'est leur défaut commun. Le criterium du but ne peut intervenir lorsqu'il s'agit de déterminer les fonctions juridiques de l'Etat. En effet, on l'a déjà dit, l'Etat ne poursuit en réalité qu'un seul but, un but complexe sans doute, mais un but unique que nous définissons en disant que l'Etat est obligé par le droit de poursuivre le développement de la culture du peuple par le droit et conformément au droit (cf. *supra*,

§ 14). Mais ce but unique il le poursuit et il l'atteint par des moyens différents ou du moins par des actes qui ont des conséquences différentes dans le monde du droit; ce sont ces conséquences qu'il faut déterminer. Que l'Etat exerce la fonction législative, la fonction administrative ou la fonction juridictionnelle, il poursuit toujours le même but; mais ces actes ont un caractère interne différent qu'on doit définir; on ne le peut point à l'aide de la notion de but, puisque quel que soit l'acte fait, le but est toujours le même. C'est pour cela que les doctrines dont nous parlons restent dans le vague et l'indétermination.

Nous ne rappelons que pour mémoire les doctrines françaises d'après lesquelles l'administration est une branche du pouvoir exécutif, la fonction administrative une branche de la fonction exécutive (Berthélemy, *Droit administratif*, 4e édit., 1906, p. 1; Ducrocq, *Droit administratif*, 7e édit., 1897, I, p. 28). En effet, il faudrait déterminer ce que c'est que le pouvoir exécutif et ce que c'est que la fonction exécutive. En parlant de pouvoir exécutif, on n'entend certainement pas aujourd'hui une portion de la souveraineté (cf. nos 30, 47 et 54), comme l'entendaient les auteurs des constitutions révolutionnaires. On désigne probablement par cette expression un certain organe de l'Etat, chargé plus spécialement d'exercer la fonction exécutive. Mais, en rattachant l'administration au pouvoir exécutif ainsi entendu, on fait intervenir le point de vue formel; on donne une définition formelle et il faut une définition matérielle. D'autre part, pour pouvoir dire que la fonction administrative est une branche de la fonction exécutive, il faudrait dire d'abord ce qu'est la fonction exécutive. Tout le monde en parle et personne ne la définit; nous montrerons (§ 47) que la fonction exécutive n'a point un caractère spécifique, qu'en réalité il n'y a pas de fonction exécutive.

Il faut dire, dès à présent, que la plupart des actes administratifs ne sont point vraiment l'exécution de la loi. Lorsqu'un ministre passe un contrat au nom de l'Etat, par exemple, nous ne voyons pas la loi qu'il exécute; il agit dans les limites de la compétence que la loi lui a donnée; mais il n'exécute pas plus la loi qu'un particulier qui passe un contrat et dans les limites de la capacité que la loi lui reconnait. Lorsqu'un préfet ou un maire prennent une décision individuelle de police, dans la limite de leur pouvoir de police, ils n'exécutent pas davantage la loi; ils exercent seulement des pouvoirs qui leur appartiennent en vertu de la loi, qu'ils sont libres d'exercer ou non, suivant l'appréciation des circonstances.

M. Hauriou, voulant définir la fonction administrative, écrit : « La fonction administrative se caractérise par son but. L'Etat n'est pas seulement un organisme qui se caractérise par sa puissance; il est aussi un certain milieu de vie, un certain régime imposé au milieu social. Cette distinction va nous servir à définir la fonction administrative. Le but de celle-ci est le régime d'Etat,

son amélioration, son aménagement; et on peut dire qu'elle est l'activité de l'Etat en tant qu'il organise et aménage lui-même le milieu social » (*Droit administratif*, 5e édit., 1903, p. 12 et p. 182, note 1). Cette définition est ainsi fondée essentiellement sur l'idée de but. Avec cette conception de la fonction administrative, l'acte administratif peut être individuel ou général; la réglementation, soit des services publics, soit de la police rentre essentiellement dans la fonction administrative. M. Hauriou écrit même (p. 183) : « L'essentiel de la fonction administrative est la *police* »; et, d'après lui, la police est la fonction qui consiste à assurer l'ordre général. — Toutes ces définitions nous paraissent singulièrement vagues.

M. Artur définit lui aussi la fonction administrative par le but que poursuit l'Etat en l'exerçant. Il écrit : « Administrer consiste à pourvoir par des actes immédiats, incessants, à l'organisation et au fonctionnement des services publics ». Voulant expliquer ce que sont les services publics, notre collègue ajoute : « Voici une autre formule plus abstraite où l'objet positif de la fonction administrative apparaît moins, mais où sa raison d'être paraît mieux : administrer, c'est ajouter aux lois, qui ne peuvent s'exécuter sans une intervention continue et spontanée de la puissance publique, les actes nécessaires à cette exécution » (*Séparation des pouvoirs et des fonctions*, 1905, p. 19). M. Artur fait intervenir, outre l'idée de but, l'idée d'exécution de la loi. On a déjà dit combien il était difficile de voir dans un acte administratif un acte d'exécution de la loi. Le savant auteur parle des *actes nécessaires d'exécution;* mais la formule ne signifie pas grand'chose, si l'on ne dit pas quels sont ces actes, en quoi ils consistent, quelle est leur nature intime. Après avoir parlé de l'armée, de la marine, des postes, de l'instruction publique, etc..., M. Artur ajoute : « Tout cela, c'est l'œuvre de l'administration; l'administration pourvoit avec le législateur, sous l'autorité de la loi et par des *procédés différents de la loi,* au fonctionnement et à l'organisation des services publics ». Par des *procédés différents de la loi :* en quoi consistent ces procédés; en quoi sont-ils différents de la loi; c'est ce qu'il fallait nous dire et ce que ne nous dit point M. Artur. Nous croyons bien que la seule différence que voit M. Artur entre la loi et l'acte administratif ou du moins certains actes administratifs, c'est que ceux-ci « sont l'exercice d'une souveraineté subordonnée, limitée, seconde, peuvent être illégaux, constituer des excès de pouvoirs, et le cas échéant, comporter des recours contentieux ». Mais en disant cela, M. Artur introduit un élément formel qui n'a rien à faire ici : des actes certainement législatifs sont susceptibles de recours, et des actes certainement administratifs ne le sont pas; cela dépend de l'organe qui les fait. Sans doute, l'acte administratif suppose une règle de droit antérieure, dont il n'est pas l'exécution, mais qui fixe les limites et le but dans lesquels il peut intervenir. Mais cela tient à un certain caractère interne que M. Artur ne définit pas, et que

l'acte administratif garde toujours, même lorsqu'il émane d'un organe, du parlement par exemple, contre les actes duquel il n'y a pas de recours possible.

Beaucoup d'auteurs étrangers déterminent aussi la fonction administrative par son but. M. Posada, jurisconsulte espagnol estimé, écrit : « L'administration est l'activité de l'Etat tendant à former, à conserver et à perfectionner l'organisme grâce auquel cet Etat arrive à ses fins » (*Revue du droit public*, 1896, I, p. 299). Cf. une définition analogue de M. Longo, *Revue du droit public*, 1894, II, p. 425. M. O. Mayer écrit : « L'administration est l'activité de l'Etat pour la réalisation de ses buts et sous son ordre juridique » (*Droit administratif*, édit. française, 1904, I, p. 13).

M. Jellinek a particulièrement mis en relief le but poursuivi par l'Etat, pour déterminer la nature de la fonction administrative. Il enseigne que l'Etat a trois buts, un but de droit, un but de conservation, un but de culture. Le but de droit, il le poursuit par la fonction législative et la fonction juridictionnelle, et les deux autres buts par la fonction administrative. D'après M. Jellinek « pour réaliser son double but de conservation et de culture, l'Etat a des moyens qui n'appartiennent qu'à lui et qui dérivent de son caractère de puissance qu'il ne perd jamais : ce pouvoir, qui n'appartient qu'à lui, lui permet dans l'accomplissement de sa mission de conservation et de culture de se procurer des prestations, de paralyser les actions perturbatrices, et cela par l'ordre et la défense et par l'exercice du pouvoir de contrainte » (*Allgemeine Staatslehre*, 2e édit., 1905, p. 591 et suiv.).

Comme on l'a déjà fait observer, M. Jellinek et les auteurs précédemment cités ont le tort de vouloir déterminer la nature de la fonction administrative par la nature du but poursuivi, et ainsi ils n'apportent point la solution du problème. Admettons en effet, avec M. Jellinek, que l'Etat ait un but de droit, un but de conservation et un but de culture. On n'aurait résolu le problème que si l'on démontrait que les actes employés pour poursuivre chacun de ces buts ont des caractères spécifiques internes différents et correspondant à chacun de ces trois buts. Or, on ne fait pas cette démonstration. Le but de conservation et de culture est atteint, sans doute, par des actes ayant le caractère administratif; mais ce double but est aussi poursuivi et atteint à l'aide d'actes qui ont certainement le caractère législatif. Qu'on parle, avec M. Hauriou, du *régime d'Etat*, de son amélioration et de son aménagement, avec M. Artur, du fonctionnement et de l'organisation des services publics, ou avec M. Jellinek de la conservation et de la culture, c'est au fond, sous différents noms, le même but qu'on a en vue ; or, ce but, l'Etat le poursuit et l'atteint, non seulement en faisant des actes administratifs, mais aussi, et peut-être surtout, en faisant des actes législatifs. Si les auteurs de ces théories étaient logiques avec eux-mêmes, ils devraient enseigner que les lois des différents pays

réglant l'organisation politique, diplomatique, administrative, militaire, etc., sont de simples actes d'administration ; il devrait en être de même de toutes les lois relatives à la police intérieure du pays, aux questions économiques et financières, à l'organisation et à la protection du travail, à l'assistance publique, aux retraites ouvrières. En un mot, la presque totalité de la législation moderne de tous les pays civilisés cesserait d'avoir le caractère législatif pour devenir de l'administration. Par exemple, la loi du 11 mars 1905 sur le recrutement de l'armée, la loi du 14 juillet 1905 sur l'assistance aux vieillards et aux infirmes, la loi en préparation sur les retraites ouvrières ne seraient point des lois, mais des actes d'administration.

D'autres auteurs et particulièrement M. Laband (*Droit public*, édit. franç., 1901, II, p. 505 et suiv.) ne font point intervenir la notion de but et déterminent le caractère de la fonction administrative par le caractère en quelque sorte psychologique des actes qu'elle comporte. Ces doctrines se rattachent pour une large part aux conceptions de L. Stein (*Verwaltungslehre*, I, 2e édit., 1869, p. 3-34). L'Etat, dit-on, est une personne ; l'Etat pense et *agit* ; *la* pensée de l'Etat, c'est la législation et la juridiction ; l'action de l'Etat, c'est l'administration (*Verwaltung*). L'*administration* est ainsi l'*agir* de l'Etat, considéré comme personne capable de pouvoir et d'agir. Il faut donc donner aux mots *action*, *agir*, un sens large, et entendre par *action* non seulement les actes qui entraînent directement, par eux-mêmes, certaines conséquences externes, mais encore toute décision qui est le point de départ d'une série d'actes, d'un processus administratif, par exemple une déclaration d'utilité publique.

Il y a incontestablement une certaine part de vérité dans ce système. Mais ses partisans ont le tort de vouloir séparer deux choses inséparables, la *conception* et l'*action*. Définir l'administration l'*agir* de l'Etat, c'est donner une définition inexacte ou du moins incomplète, car l'*administration* est aussi la pensée de l'Etat, puisque tout acte administratif implique une détermination prise par l'Etat ou du moins par l'organe ou l'agent qui le représente.

De plus, la doctrine contient une contradiction interne. D'après M. Laband, le principal représentant de cette doctrine, l'action de l'Etat est avant tout l'ordre de l'Etat se faisant connaître à l'extérieur, ayant la possibilité de se réaliser et constituant par conséquent la cause motrice de toute une série d'actes administratifs. Or il se trouve que l'action ainsi comprise est surtout dans la loi. M. Laband lui-même met en relief l'ordre comme élément essentiel de la loi. Il est évidemment contradictoire de donner comme criterium de la fonction administrative un caractère que d'autre part on déclare être un des éléments nécessaires de la loi. La législation est l'agir de l'Etat aussi bien que l'administration. Et même, comme dans l'Etat moderne l'activité administrative est subordon-

née à l'activité législative, c'est bien plutôt dans la législation que dans l'administration qu'apparaît l'*agir* de l'Etat. Cf. L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, p. 438 et suiv.

40. Les règlements ne sont pas des actes administratifs. — Pour établir que la fonction administrative est bien la fonction qui consiste à faire des actes juridiques proprement dits, il nous reste à établir qu'un certain nombre d'actes, rangés parfois au nombre des actes administratifs, n'ont point ce caractère. Il faut faire cette démonstration en la tirant, non point du caractère de l'organe ou de l'agent qui fait ces actes, de la recevabilité ou de la non recevabilité de tel ou tel recours (ce serait se placer au point de vue formel), mais seulement du contenu même des actes.

Règlements du chef de l'Etat. — L'opinion qui voit dans les actes réglementaires des actes administratifs est si généralement répandue qu'il n'est point inutile d'insister pour établir que rationnellement on ne peut y voir, au point de vue matériel, que des actes législatifs. V. ce qui a été déjà dit § 38. Pour faire cette démonstration, le mieux est d'examiner les principaux cas où, dans le droit français actuel, sont faits des règlements. On est d'accord pour définir le règlement toute disposition par voie générale émanant d'un organe autre que le parlement, ou si l'on veut toute disposition par voie générale édictée en une forme autre que la forme législative (c'est-à-dire vote par le parlement et promulgation par le président de la république). Comment se fait-il que des organes autres que le parlement puissent édicter des dispositions par voie générale, là n'est pas la question pour le moment. Ce serait une question se rattachant au point de vue formel. La seule question est celle-ci : le contenu de ces divers règlements doit-il les faire classer parmi les actes législatifs ou les actes administratifs au sens matériel ?

On rencontre d'abord les règlements que fait le

président de la république pour compléter une loi, pour en régler les détails d'application, soit sur l'invitation qui lui en est adressée par le parlement (comme cela est très fréquent dans les lois actuelles), soit que le président de la république agisse spontanément comme on lui en reconnait aujourd'hui communément le pouvoir (cf. §§ 140 et 141). La question de savoir en quelle qualité le chef de l'Etat fait ces actes nous est pour le moment absolument indifférente; il faut seulement examiner le contenu de ces actes. Or il ne nous paraît pas douteux que le contenu de pareils règlements est essentiellement un contenu législatif, que les dispositions qu'ils renferment auraient pu tout aussi bien trouver place dans la loi elle-même, que dans ce cas on leur aurait certainement attribué le caractère législatif matériel et qu'elles ne peuvent pas perdre ce caractère parce qu'elles sont insérées dans un règlement.

On peut citer quelques cas probants. Par exemple le règlement du 13 août 1889, fait conformément à l'art. 5 de la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité, contient de nombreuses dispositions touchant l'état des personnes, sur le caractère législatif desquelles il ne peut pas y avoir de doute. Il en est certainement de même du règlement du 21 septembre 1895 se rattachant à la loi du 30 novembre 1894 relative aux habitations à bon marché et qui contient des dispositions sur le maintien de l'indivision d'une habitation à bon marché se trouvant dans une succession. Tous les auteurs sont d'accord pour reconnaitre que les dispositions relatives aux droits civils des citoyens ont le caractère matériel de loi; ce caractère ne disparaît pas parce que ces dispositions, pour une raison ou une autre, se trouvent inscrites dans un règlement. Nous en dirons autant des dispositions très importantes inscrites dans les règlements du 16 août 1901, compléments de la loi du 1er juillet 1901 sur les associations et congrégations, des 3 janvier et 17 juillet 1905, compléments de la loi du 7 juillet 1904 relative à la suppression de l'enseignement congréganiste, et des 29 décembre 1905, 19 janvier et 16 mars 1906, compléments de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des églises et de l'Etat.

Comment peut-on expliquer que le président de la république puisse ainsi édicter des dispositions législatives? La question est très discutée ; les uns voient là une délégation donnée par le parlement, les autres

disent que le règlement intervenu dans ces conditions fait *bloc* avec la loi (cf. § 141). Peu importe; le lieu n'est pas ici de discuter la question. Il suffit d'affirmer que ce sont là des règlements que certainement on ne peut considérer comme étant des actes administratifs.

On ne peut *a fortiori* considérer comme étant des actes administratifs les règlements faits par le chef de l'Etat sur des matières où il a reçu expressément de la loi compétence pour faire des règlements. Cette compétence est-elle constitutionnelle? Là n'est pas la question. Le point à constater est seulement que les règlements, qui interviennent alors, portent incontestablement sur des matières législatives et n'ont aucunement le caractère d'actes administratifs.

Par exemple, les règlements que le chef de l'Etat fait pour les colonies peuvent porter sur toutes les matières, qui, dans la métropole, ne peuvent être réglées que par une loi formelle. Ils ne sont certainement pas des actes administratifs. On citera comme exemple le décret du 15 juillet 1906 relatif aux peines encourues par quiconque, en Algérie, conclut une convention ayant pour objet d'aliéner la liberté d'une tierce personne. Les règlements que peut faire le chef de l'Etat en vertu de la loi du 3 mars 1822 en matière de police sanitaire maritime et en vertu de l'art. 8 de la loi du 15 février 1902 en matière d'hygiène, peuvent contenir des dispositions venant limiter étroitement la liberté individuelle, portant atteinte à la propriété individuelle ; on ne peut dire qu'ils sont des mesures d'exécution de la loi, puisqu'ils interviennent dans des hypothèses que n'a pas prévues la loi ; si les dispositions qu'ils peuvent contenir étaient inscrites dans une loi formelle, il ne viendrait à l'idée de personne de dire que ce ne sont pas des dispositions législatives matérielles ; elles ont donc toujours ce caractère, et de pareils règlements ne peuvent être des actes administratifs.

Le président de la république, en fait, édicte des règlements en matière de police générale. A-t-il constitutionnellement ce pouvoir? Nous n'avons pas à le rechercher ici. Ce qui est certain, c'est que de pareils règlements existent, par exemple les décrets réglementaires du 10 mars 1899 et du 10 septembre 1901 sur la circulation des automobiles, qui ne se rattachent à aucune loi et ne sont précédés d'aucun visa.

La notion de la police est une notion assez vague. Cependant malgré les diverses définitions qui en sont données, il est un point sur lequel on paraît d'accord, c'est que la police implique de la part de l'autorité un acte qui limite le libre développement des activités individuelles.

Ainsi M. Hauriou dit que la police a pour but d'assurer l'ordre public et qu'elle atteint ce but par des injonctions, des interdictions adressées aux particuliers (*Droit administratif*, 5ᵉ édit., 1903, p. 505); M. Berthélemy dit que c'est l'ensemble des mesures prescrites pour assurer le maintien de l'ordre et de la salubrité dans le pays (*Droit administratif*, 4ᵉ édit., 1906, p. 225). En Allemagne, M. Rosin, dans son livre classique intitulé *Das Verordnungsrecht*, 2ᵉ édit., 1895, p. 131, définit la police « l'ensemble des limitations apportées à la liberté naturelle d'agir de l'individu dans l'intérêt commun ». Il y aurait peut-être à discuter l'exactitude de ces définitions (cf. § 74). Mais pour le moment cela est inutile et nous prenons cette idée qui paraît unanimement admise : la police implique des restrictions apportées à la liberté naturelle des individus.

Lorsque, en vue de la police, une restriction est apportée par voie individuelle à la liberté d'une personne déterminée, il est incontestable que la décision ainsi intervenue est un acte administratif proprement dit, par exemple la décision du préfet de police à Paris ou du préfet d'un département qui interdit une pièce de théâtre, la décision de l'autorité compétente qui ordonne à une personne déterminée certaines opérations en vue de la salubrité ou de la sécurité, par exemple, abatage d'animaux atteints de maladies contagieuses, démolition d'un mur menaçant ruine et en bordure de la voie publique, évacuation, réparation d'un logement insalubre, etc... (LL. 21 juin 1898 et 15 février 1902). Il est certain aussi que, dans un régime de légalité comme celui de l'Etat moderne, de pareilles décisions de police ne peuvent intervenir que dans les cas prévus par une règle générale qui est la loi et qui détermine la compétence des agents chargés de prendre ces décisions individuelles.

Mais qu'on suppose maintenant que les restrictions, apportées à la liberté individuelle en vue de la police,

soient le résultat de dispositions prises par voie générale et abstraite, constituant des règles permanentes, comme par exemple les dispositions des décrets précités de 1899 et de 1901 sur la circulation des automobiles, nous prétendons que, quelle que soit la définition qu'on donne de la loi, il est impossible de ne pas voir dans de pareilles dispositions des lois matérielles. Que ces dispositions soient établies en vue d'assurer l'ordre public, la sécurité, la tranquillité, la salubrité publiques, cela ne peut rien changer au caractère intrinsèque de l'acte. A dire le vrai, toutes les lois sont faites en vue de l'ordre public, de la sécurité, de la tranquillité publiques. Si l'on voit dans de pareils règlements des actes administratifs, il n'y pas de raison de ne pas voir dans toutes les lois des actes administratifs.

Quelle que soit la définition qu'on donne de la loi, les dispositions des règlements de police sont des lois matérielles. Si comme nous on dit que toute disposition de l'autorité publique édictée par voie générale et abstraite est une loi, il est évident que ces règlements de police sont des lois. Si avec M. Hauriou (p. 21) on dit : « Est ou doit être matière de loi toute condition nouvelle imposée à l'exercice d'une liberté et toute organisation importante pour la garantie d'une liberté », nous trouvons à un degré éminent dans les règlements de police les éléments de cette définition. Est-ce que les décrets sur la circulation des automobiles de 1901 et de 1899 ne contiennent pas des conditions imposées à l'exercice d'une liberté, la liberté de circuler sur les voies publiques et même la liberté de l'industrie? Est-ce que la disposition de l'art. 11 par exemple du décret du 10 mars 1899 portant : « Nul ne pourra conduire une automobile s'il n'est porteur d'un certificat de capacité délivré par le préfet », n'impose pas une condition nouvelle à l'exercice d'une liberté?

Enfin, si l'on dit avec MM. Laband et Jellinek que

pour qu'il y ait loi matérielle il faut une disposition qui s'adresse aux particuliers, qui sorte de l'*apparat étatique*, qui modifie en l'étendant ou en la restreignant la sphère d'activité juridique des particuliers, on trouve dans les règlements de police au premier chef des dispositions de ce genre. Ces règlements ont précisément pour but de restreindre la sphère d'activité juridique des particuliers. Certainement, comme on l'a déjà dit, si de pareilles dispositions avaient été inscrites dans une loi formelle, il ne serait venu à l'idée de personne de dire qu'elles n'avaient pas le caractère matériel de loi. C'est toujours le point de vue formel qui influe sur le point de vue matériel : on se trouve en présence de dispositions qui sont édictées par un organe qui habituellement ne fait pas la loi; on s'ingénie alors, contre l'évidence, à démontrer qu'elles n'ont pas le caractère de lois matérielles.

M. Rosin a bien montré ce caractère de *lois matérielles* appartenant aux règlements de police. Il écrit très justement : « L'ordonnance de police a le caractère *matériel* de loi et le caractère *formel* d'une ordonnance... Le contenu des ordonnances de police est constitué par des prescriptions de droit par lesquelles dans l'intérêt de la police les sujets sont astreints à des actes ou à une abstention sous une sanction pénale. Une loi de police faite par le parlement a exactement le même contenu » (Rosin, *Verordnungsrecht*, 2e édit., 1895, p. 55).

Dans tous les pays et particulièrement en France, on rencontre un grand nombre de règlements du chef de l'Etat, qui ont pour objet d'organiser le fonctionnement des services publics et particulièrement les règlements très nombreux depuis la loi des finances du 29 décembre 1882, art. 16, sur l'organisation intérieure des ministères. On triomphe et on dit : voilà bien des dispositions par voie générale, desquelles on ne peut point prétendre qu'elles ont le caractère de lois au sens matériel. Ces règlements organisant des

services publics sont, dit-on, incontestablement des actes administratifs.

Les uns, comme M. Hauriou, disent : « De pareils règlements sont pour l'organisation de ce qui est public ; ils visent directement un résultat social sans se préoccuper de conditionner des libertés, en quoi ils sont des actes d'administration » (5e édit., p. 22). D'autres, comme M. Laband, disent : « Ces actes, par voie générale, ne peuvent pas être des actes législatifs au sens matériel, *parce qu'ils ne sortent pas de l'intérieur de l'appareil administratif,* parce qu'ils ne comprennent pas un commandement adressé à des sujets, parce qu'ils ne contiennent pas véritablement l'énoncé d'une règle, parce que, dans tous les cas, la disposition contenue dans ces règlements ne rejaillit pas sur la situation juridique des particuliers. Pour l'administration formant un tout, cette disposition n'est pas un ordre inéluctable émanant d'un pouvoir supérieur ; elle est une manifestation de sa propre volonté ; elle ne crée pas un droit ; elle se meut à l'intérieur des barrières établies par le droit » (*Droit public*, édit. franç., II, p. 377 et 380).

Ces raisonnements ne nous touchent point. D'abord, on examinera plus loin (§ 47) s'il n'existe pas une fonction juridique de l'Etat, qui ne serait ni la fonction législative, ni la fonction administrative et qui comprendrait les actes par voie générale s'adressant uniquement aux agents de l'Etat et non aux particuliers, fonction qui serait la fonction *exécutive générale* ou la fonction *gouvernante.* Dans la réalité, cette fonction, à notre avis, n'existe pas. C'est une question de savoir si elle existe dans les conceptions du droit public positif français. Mais quelle que soit la solution de cette question, nous estimons qu'on ne peut considérer de pareils règlements comme des actes administratifs et que logiquement rien n'empêche d'y voir des actes législatifs au sens matériel.

De plus on a déjà fait observer que si l'on refusait ce caractère de loi matérielle aux dispositions dont l'application paraît ne pas s'étendre en dehors de l'appareil étatique, aux dispositions qui se bornent à « organiser ce qui est public », il faudrait logiquement refuser le caractère de loi matérielle à toutes les lois organiques d'un pays. Secondement, lorsque des dispositions paraissant se borner à organiser un service pu-

blic et contenues dans un règlement, se trouvent, comme cela arrive souvent, transférées dans une loi formelle, personne n'hésite à y voir désormais des dispositions ayant le caractère législatif matériel ; cependant si elles n'avaient pas ce caractère avant, elles ne peuvent pas l'avoir après.

D'autre part enfin, il est impossible de dire, avec MM. Hauriou et Laband, que ces règlements d'organisation « se bornent à organiser ce qui est public, ne sortent pas de l'appareil administratif, ne réagissent pas sur les particuliers ». Sans doute ils ont pour but essentiel l'organisation intérieure des services publics; mais ils réagissent toujours plus ou moins sur les particuliers. On s'en convaincra aisément en parcourant les principaux règlements d'organisation. Est-ce que par exemple les nombreux règlements sur l'instruction publique n'atteignent pas tous les particuliers qui, sous une forme ou sous une autre, veulent profiter de l'enseignement public ? Est-ce que les innombrables règlements sur l'armée ne touchent pas tous les Français qui, avec le service militaire obligatoire, appartiennent, sauf quelques rares exceptions, à l'armée depuis l'âge de 20 ans jusqu'à celui de 45 ans ? Est-ce que même les règlements, qui répartissent les affaires dans chaque département ministériel entre les directions, les divisions, les bureaux ne s'adressent pas aussi bien aux administrés intéressés qui doivent aller à tel ou tel bureau qu'aux employés du ministère qui doivent s'occuper de telle ou telle affaire ? Ce qui montre bien que nous sommes dans le vrai, c'est l'embarras des auteurs que nous combattons, quand ils se trouvent en face d'une organisation, l'organisation d'un ministère par exemple, qui est régie en même temps par une loi et par un règlement. Le contenu de la loi et du règlement est alors exactement le même ; si l'on veut être logique, il faut dire que la loi et le règlement sont des actes administratifs. Or on n'ose pas dire que cette loi n'est pas une loi matérielle ;

donc ce règlement, qui a le même contenu, est aussi, au point de vue matériel, un acte législatif.

Au reste, on a montré (§ 37) qu'on pouvait soutenir que toutes les lois s'adressaient exclusivement aux agents de l'Etat, que l'impératif de la loi ne s'adressait point aux particuliers. Cela est peut-être paradoxal; mais cela peut ne pas être inexact. Si cela est vrai, et si l'on acceptait le raisonnement de M. Hauriou et de M. Laband, toutes les lois seraient des actes administratifs; il n'y aurait plus de fonction législative. En tous cas, les lois civiles auxquelles les particuliers peuvent déroger par des conventions, conformément à l'art. 6 C. civ., s'adressent certainement exclusivement aux juges, agents de l'Etat, et non aux particuliers; ce ne sont donc pas des lois au sens matériel !

Règlements des organes ou agents administratifs. — Non seulement le chef de l'Etat, mais encore beaucoup d'organes et d'agents, qui ont certainement le caractère d'organes ou d'agents administratifs, peuvent faire et font de nombreux règlements. On a déjà cité le préfet et le maire, qui ont en matière de police une compétence réglementaire très étendue (L.L. 5 avril 1884, art. 91, 95 et 99, 21 juin 1898 et 15 février 1902), le conseil général qui réglemente certains services départementaux (L. 10 août 1871, L. 14 juillet 1905, relative à l'assistance des vieillards et des infirmes), et le conseil municipal qui fait des règlements, notamment sur l'organisation de la police et des octrois (L. 5 avril 1884, art. 102, 103, 137, 140). Il ne faut point hésiter à dire que de pareils règlements ont le caractère d'actes législatifs au point de vue matériel. Il faut faire complètement abstraction de l'organe qui fait l'acte et ne considérer que le contenu de l'acte. Les raisons sont les mêmes que précédemment, car elles ont été déduites non pas du caractère appartenant au chef de l'Etat, mais seulement de l'objet des règlements. Le règlement de police d'un préfet ou d'un maire est une disposition par voie générale, une disposition qui restreint le libre développement des activités individuelles; il a donc tous les caractères internes de la loi. Les règlements d'organisation émanés des conseils généraux et des conseils municipaux sont

des dispositions par voie générale, qui réagissent sur les particuliers, et par conséquent ce sont des actes législatifs matériels.

Mais en même temps, les règlements faits par des organes ou des agents administratifs sont incontestablement des actes administratifs au point de vue formel, et tous les recours administratifs, contentieux ou non, que la législation autorise contre les actes individuels, proprement administratifs, émanés de ces organes ou de ces agents, seront recevables contre leurs actes réglementaires.

Mais, dira-t-on, toute la discussion qui précède est dès lors sans intérêt. Point du tout. Il est très important, pratiquement, d'affirmer que les actes réglementaires sont au point de vue matériel des actes législatifs. En effet, si l'acte réglementaire est par nature un acte administratif, il rentre dans la compétence normale du fonctionnaire administratif, qui dès lors, ayant compétence sur une matière déterminée, aura par là même, et sans que cela soit spécifié par la loi, compétence pour faire et des actes individuels et des actes réglementaires. Par exemple, le fonctionnaire investi d'un pouvoir de police en général aura le pouvoir de faire des actes individuels de police et des actes réglementaires. Si, au contraire, on admet avec nous que les règlements n'ont pas la nature d'actes administratifs, ils ne rentrent pas dans la compétence normale de l'administrateur, qui ne peut faire, même sur une matière où il a compétence légale, des actes réglementaires que lorsque la loi lui en a donné expressément le pouvoir. Le fonctionnaire de police ne pourra faire des règlements de police que dans les cas où il a reçu spécialement compétence à cet effet. Le fonctionnaire chef de service ne peut faire un règlement d'organisation que si la loi lui a donné spécialement compétence à cet effet.

Les auteurs qui voient dans les règlements des actes administratifs, enseignent logiquement que le pouvoir réglementaire rentre

normalement dans la compétence des agents administratifs. M. Hauriou dit bien que le pouvoir réglementaire de police se rattache normalement aux fonctions administratives (5e édit., p. 505). Beaucoup d'auteurs allemands, par exemple M. Rosin (*Verordnungsrecht*, p. 58) enseignent la même thèse, et Gneist a écrit : « Quand un agent a le pouvoir de commander ou d'interdire un cas particulier, il peut de même le commander ou l'interdire pour tous les cas de la même espèce » (*Rechtslexikon* de Holzendorf, 3e édit., III, p. 1054).

Au point de vue du droit positif français, il nous paraît incontestable que le pouvoir réglementaire des agents administratifs est quelque chose d'exceptionnel. Les lois ont toujours pris soin de spécifier les matières pour lesquelles les agents administratifs ont le pouvoir réglementaire, par exemple la loi du 5 avril 1884, art. 92 et 95 pour les maires, et la loi du 10 août 1871 pour les conseils généraux.

Cependant on a dit : la preuve que les règlements sont simplement des actes administratifs et rentrent dans la compétence normale des agents administratifs, c'est que ces actes ne lient pas l'administration qui peut toujours les rapporter, tandis que l'administration est liée par la loi. L'argument ne porte pas, parce qu'on confond le point de vue formel et le point de vue matériel. L'agent administratif est compétent pour rapporter le règlement, parce qu'il est compétent pour le porter. Mais tant que le règlement subsiste, l'agent administratif, comme toute l'administration, comme tous les administrés, est lié par ce règlement. L'agent administratif qui a porté le règlement peut l'abroger par voie générale, le modifier par voie générale, mais tant qu'il subsiste il est lié par ce règlement, comme le législateur est lié par la loi qu'il a faite, tant qu'elle subsiste.

Sur les actes réglementaires, cons. Valegeas, *Le pouvoir réglementaire*, thèse Bordeaux, 1895; Balakowski-Petit, *La loi et l'ordonnance dans les Etats qui ne connaissent pas la séparation des pouvoirs*, thèse Paris, 1901; Moreau, *Le règlement administratif*, 1902; Raiga, *Le pouvoir réglementaire du président*, thèse Paris, 1903; Cohen, *La loi et le règlement*, thèse Paris, 1903; Jellinek, *Gesetz und Werordnung*, 1887; Rosin, *Werordnungsrecht*, 2e édit., 1895; Juille, *Le domaine du règlement présidentiel*, thèse Paris, 1905. Cf. *infra*, §§ 140 et 141.

41. Les actes politiques ne sont pas des actes administratifs. — Il importe d'éviter ici une confusion souvent faite. On entend quelquefois par acte politique tout acte fait par l'autorité publique en vue d'un but politique, et on dit même qu'un acte, qui de sa nature interne est un acte administratif, devient

un acte politique quand il est fait en vue d'un but politique. On a dit aussi qu'un acte administratif, fait en vue d'un but politique, devenant un acte politique, échappait aux recours administratifs de droit commun, alors même qu'il émanât d'une autorité dont les actes étaient en principe susceptibles d'être attaqués par ces recours. Mais cela touche au point de vue formel, et on n'y insistera pas. Reste seulement à savoir ce qu'est un but politique. Dans son sens propre et élevé, la politique est l'art de gouverner les peuples. Un acte serait donc déterminé par un but politique, lorsqu'il aurait pour but le gouvernement du peuple suivant les règles de l'art politique. Assurément, quand on parle de but politique, on ne l'entend pas en ce sens-là. En effet, dans le langage courant, la politique est l'art d'arriver au pouvoir et aux places et de s'y maintenir. Dès lors, l'acte politique ou l'acte fait dans un but politique, c'est l'acte fait ou ordonné par les hommes qui sont au pouvoir dans le but de s'y maintenir, d'écarter les hommes ou les faits qui pourraient compromettre leur situation. En d'autres termes, l'acte politique serait l'acte fait ou ordonné par un gouvernement pour assurer sa propre sécurité. D'où le nom d'actes de gouvernement donnés souvent à ces sortes d'actes.

Dans une doctrine qui, à un moment donné, a compté des partisans autorisés, on disait : l'acte de sa nature interne acte administratif, fait dans un but politique ainsi compris, cesse d'être un acte administratif pour devenir un acte politique, un acte de gouvernement ; et la conséquence en est que les recours, habituellement recevables contre les actes administratifs, ne sont point recevables contre l'acte politique. Cette opinion est aujourd'hui à peu près unanimement rejetée. L'acte administratif ne peut changer de nature suivant qu'il est inspiré à l'autorité par telle ou telle considération. Il a une certaine nature indépendante de son but, et cette nature ne peut changer suivant le but

particulier en vue duquel il est fait. D'une manière générale, on l'a déjà dit, l'idée de but doit rester complètement étrangère à la détermination juridique des fonctions de l'Etat et des actes qu'elles comportent.

En parlant des *actes politiques* et en disant qu'ils ne sont pas des actes administratifs, nous avons en vue les actes qui sont relatifs au fonctionnement et aux rapports des organes politiques et à l'action qu'ils exercent les uns sur les autres. On sait que dans l'organisation politique des Etats modernes et particulièrement de la France, le gouvernement (compris comme l'ensemble des organes qui représentent l'Etat, qui expriment sa volonté) a une structure complexe et se compose essentiellement de deux organes : le parlement et le gouvernement proprement dit. Ces deux organes doivent se limiter et se pondérer réciproquement; pour cela ils exercent une action réciproque l'un sur l'autre; et c'est même sur cette limitation mutuelle de ces deux organes que repose toute la protection des libertés publiques. Cette limitation mutuelle implique naturellement des rapports entre ces deux organes et aussi des actes faits dans ce but par l'un et l'autre. De pareils actes peuvent-ils être des actes administratifs? Evidemment non.

En effet, alors même qu'on n'admette pas complètement notre théorie de l'acte administratif, on reconnait que l'acte administratif implique une relation naissant entre l'Etat et une autre personnalité. Même les actes par voie générale ou par voie individuelle, dont on dit (comme M. Laband et M. Hauriou) qu'ils ne sortent pas de l'intérieur de l'appareil administratif, s'adressent à une personnalité distincte de l'Etat; ils s'adressent aux agents, et il est difficile de ne pas admettre que les agents aient une personnalité distincte de celle de l'Etat. Au contraire nous ne pouvons croire que le parlement et le gouvernement aient chacun une personnalité distincte de celle de l'Etat. On ne saurait admettre évidemment la conception,

qui a été celle des constituants de 1791 (cf. § 51), qui a été enseignée par Kant et d'après laquelle chaque partie de la souveraineté démembrée, chaque pouvoir forme une personne distincte, le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif; ces personnes réunies formant une personne unique, l'Etat. Cette conception, outre qu'elle est trop mystérieuse pour être scientifique, est en contradiction avec le principe même de l'indivisibilité de la souveraineté (cf. § 30). Si donc le parlement et le gouvernement ne sont pas des personnalités distinctes de l'Etat, il ne peut pas naître entre eux des relations juridiques, et l'acte que fait l'un pour exercer son action constitutionnelle sur l'autre n'est pas un acte administratif. Ce sont vraiment des actes de la vie intérieure de l'Etat; c'est ici qu'il est vraiment exact de dire que l'effet ne sort pas de l'intérieur de l'appareil étatique. Ils sont le résultat direct du fonctionnement de la constitution. Par eux aucun rapport d'aucune sorte ne naît et ne peut naître entre l'Etat et une personnalité distincte de lui.

Quelquefois, même de nos jours, on a voulu voir dans le parlement et dans le gouvernement proprement dit deux personnalités juridiques distinctes l'une de l'autre et distinctes de l'État, ayant des droits et entrant en relation avec d'autres personnalités juridiques. V. l'esquisse de cette théorie dans une note de M. Hauriou, Sirey, 1899, III, p. 121. Nous ne nous étonnons pas que ces conceptions mystérieuses plaisent à l'esprit un peu mystique de M. Hauriou. Mais elles nous paraissent positivement insoutenables. Que chaque député pris individuellement, que chaque membre du gouvernement conserve sa personnalité, cela n'est pas douteux. Que le parlement, que le gouvernement pris en corps aient une personnalité distincte, c'est insoutenable. Admet-on sans réserve le postulat de la personnalité collective, nous ne voyons aucun fondement que l'on puisse donner à la prétendue personnalité juridique du parlement et du gouvernement. Le seul fondement que l'on puisse donner à la personnalité d'une collectivité, c'est le but déterminé et distinct que poursuit cette collectivité. Or le parlement et le gouvernement ne poursuivent pas des buts différents et n'ont pas de but distinct de celui de l'État; ils poursuivent en commun le but général et essentiel de l'État : formuler le droit et en assurer la réalisation; ils forment donc avec l'État une personnalité unique, ou plus exactement, il n'y a qu'une seule personnalité, celle de

l'État, dont ils expriment la volonté, l'État étant la nation organisée. Cf. Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1905, p. 281.

Comme exemple d'actes politiques, n'ayant pas comme tels le caractère d'actes administratifs, on peut citer les suivants. Ce sont d'abord tous les actes par lesquels le parlement exerce son contrôle sur le gouvernement : vote d'ordres du jour de confiance ou de blâme, nomination de commissions d'enquête, invitation à communiquer tel ou tel document ou à prendre telle mesure, etc. ; l'élection du président de la république par les deux chambres réunies en assemblée nationale conformément à l'art. 2 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. Ce sont, d'autre part, les nombreux actes par lesquels le président exerce l'action que la constitution lui reconnaît sur le parlement : décret de convocation des collèges électoraux pour l'élection des sénateurs et des députés, décret de convocation, d'ajournement, de clôture du parlement (L. const. 16 juillet 1875, art. 1 et 2), décret par lequel le président de la république, avec l'assentiment du sénat, dissout la chambre des députés (L. const. 25 février 1875, art. 5). Aucun de ces actes n'a le caractère d'acte administratif.

On en conclut souvent qu'aucun de ces actes n'est susceptible d'être attaqué par les recours recevables contre les actes administratifs. Que ces recours soient non recevables, c'est incontestable ; mais ce n'est pas parce que ces actes ne sont pas administratifs, ou du moins cette raison ne suffirait pas, puisque les actes réglementaires, qui ne sont pas des actes administratifs, sont susceptibles des recours administratifs, lorsqu'ils émanent d'un organe ou d'un agent administratif. Lorsque ces actes sont faits par le parlement, tout recours est impossible, au moins d'après le droit français, parce que notre droit n'est pas encore arrivé à la notion de la recevabilité d'un recours contre les décisions du parlement (cf. § 94). Lorsque ces actes émanent du président de la république, le recours n'est pas possible, parce que le président de la république agit ici comme *représentant*, et que le droit français n'admet pas encore de recours contre les actes faits par des *représentants*. V. sur le caractère du président de la république, § 59.

Ces actes sont souvent appelés *actes de gouvernement*. Il faut, à notre avis, s'abstenir d'employer cette expression, parce qu'elle prête à beaucoup de confusions et n'est pas exacte. Ces actes ne

sont pas seulement des actes de gouvernement, puisque beaucoup d'entre eux sont faits par le parlement. D'autre part, on emploie l'expression *actes de gouvernement* pour désigner des actes administratifs certainement, mais qui seraient inspirés par des motifs politiques, des motifs de sûreté gouvernementale, et qui comme tels échapperaient à tout recours. Or, on l'a dit plus haut, on ne doit pas admettre l'existence d'actes de gouvernement ainsi compris : ces actes sont des actes administratifs et restent des actes administratifs, avec toutes les conséquences qui se rattachent à ce caractère. On voit ainsi la confusion à laquelle prête cette expression *actes de gouvernement* et qu'il faut à tout prix éviter, ce que n'ont pas fait tous les auteurs.

Cons. sur ces différents points, Michoud, *Des actes de gouvernement*, *Annales de Grenoble*, 1889, p. 263 ; Brémond, *Revue critique*, 1893, p. 321, et *Revue du droit public*, 1896, I, p. 60 ; Hauriou, *Droit administratif*, 5e édit., 1903, p. 574 ; Lecourtois, *Des actes de gouvernement*, 1899 ; Pellegrino, *Il dirrito di necessita*, Rome, 1903.

Droit de grâce. — Quel est le caractère de l'acte par lequel les chefs d'Etat en général et le président de la république française en particulier font *grâce* totale ou partielle à un condamné ? M. Brémond, dans l'article précité de la *Revue du droit public*, y voit un acte administratif. D'autres auteurs y voient un acte politique, un acte de gouvernement. A notre avis, le droit de grâce n'est ni un acte politique, ni un acte administratif. Il n'est pas un acte politique parce qu'il n'est pas relatif aux rapports des organes politiques ; il ne se rattache aucunement à l'action que le chef de l'Etat peut et doit exercer, d'après la constitution, sur le parlement. Il ne peut être un acte administratif, parce qu'il constitue une réformation, non pas totale sans doute, mais assurément partielle d'une décision juridictionnelle, et, bien que nous n'ayons pas encore déterminé la nature de l'acte juridictionnel, il est d'évidence qu'un acte juridictionnel ne peut pas être réformé par un acte administratif. Il faut donc être logique et dire que l'exercice du droit de grâce est un acte de juridiction.

On ne saurait méconnaître qu'il y a quelque chose de surprenant à ce qu'une législation qui, comme la nôtre, a voulu créer des juridictions aussi indépendantes que possible du gouvernement, reconnaisse le droit de grâce au chef de l'Etat. Aussi le droit de grâce, appartenant actuellement au président de la république, ne s'explique-t-il, à notre avis, que comme une survivance historique. Le président de la république est en un sens l'héritier de nos anciens rois absolus, et il a conservé une prérogative qui leur appartenait conformément au principe : « Toute justice émane du roi ».

Il faut dire que de sérieuses raisons pratiques justifient et expliquent le maintien de cette prérogative. Mais les constituants de 1791 étaient dans la logique de leurs principes en refusant le droit

de grâce au roi de la constitution nouvelle (4 juin 1791, Code pénal 1791, part. I, tit. VII, art. 13).

Amnistie. — Aux termes de l'art. 3, § 2 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le président de la république a le droit de faire grâce, mais les amnisties ne peuvent être accordées que par une loi. Quel est exactement le caractère de l'amnistie? La loi d'amnistie est-elle simplement une loi formelle ou est-elle une loi matérielle? On sait que l'amnistie a pour effet de faire considérer rétroactivement comme non punissable un fait prévu et puni par la loi pénale et, par conséquent, si l'auteur de ce fait a été déjà condamné, d'effacer complètement la condamnation. Si l'amnistie est accordée, comme elle l'est presque toujours, par voie générale, il n'y a pas de doute possible, elle est un acte législatif au point de vue matériel. Si l'amnistie est accordée à une personne déterminée, elle est alors une dérogation individuelle à une loi et nous croyons (cf. § 35) que le parlement lui-même ne peut pas apporter une dérogation spéciale à une loi : l'amnistie individuelle est alors un acte arbitraire et ne pourra rentrer dans aucune des fonctions juridiques normales de l'Etat. Cf. Esmein, *Droit const.*, 4e édit., p. 598; Ebren, *L'amnistie, Revue du droit public*, 1905, p. 501.

Actes diplomatiques. — On s'est aussi demandé quelle était la nature des actes diplomatiques et si on les pouvait ranger au nombre des actes administratifs. On appelle ainsi tous les actes qui se rapportent aux relations internationales d'un Etat.

L'activité diplomatique de l'Etat se manifeste par des négociations, correspondances, instructions données aux agents diplomatiques, etc. Toutes ces opérations sont évidemment des actes diplomatiques, mais des actes qui ne produisent aucun effet de droit et qui par conséquent ne peuvent être qualifiés d'actes administratifs.

Mais beaucoup d'actes diplomatiques ont un caractère juridique incontestable ; ce sont les déclarations diplomatiques, comme les déclarations de guerre, de neutralité, etc., et les conventions diplomatiques.

Quel est exactement le caractère juridique de pareils actes? On peut dire certainement qu'ils sont des actes administratifs ; car ils rentrent dans notre définition générale de l'acte administratif ; ils sont des manifestations de volonté en vue de créer une situation concrète de droit. Mais cependant, comme ces actes

interviennent dans des conditions tout à fait particulières, comme peut-être la situation de droit qui en résulte ne présente pas tous les caractères d'une véritable situation juridique subjective, nous croyons qu'il vaut mieux mettre les actes diplomatiques dans une classe à part et ne pas les ranger dans la catégorie des actes administratifs.

D'après une jurisprudence constante du conseil d'Etat, les actes diplomatiques ne peuvent fonder aucun recours administratif contentieux. Notamment par deux arrêts du 5 août 1904, le conseil d'Etat a jugé qu'un particulier ne pouvait pas se prévaloir par la voie contentieuse contre l'Etat français des conséquences de la déclaration d'annexion de Madagascar (*Recueil,* 1904, p. 662 et *Revue du droit public,* 1905, p. 91). Mais, à notre avis, il ne faut pas aller plus loin, et les décisions que prend une autorité française faisant l'application en France d'une convention diplomatique, peuvent être des actes administratifs proprement dits susceptibles de tous les recours administratifs. Cependant le conseil d'Etat a jugé le contraire, mais à tort, en déclarant, par un arrêt du 12 février 1904, non recevable le recours formé contre la décision du ministre des affaires étrangères, confirmant la décision du consul de France à Smyrne retirant à un individu la protection française. Cf. *Revue du droit public,* 1904, p. 79, la critique très exacte de M. Jèze; *Recueil,* 1904, p. 105.

42. Théorie juridique de l'acte administratif. — En montrant l'insuffisance des doctrines qui veulent donner une notion de la fonction administrative différente de celle que nous proposons, en établissant que les actes réglementaires, les actes politiques ne peuvent pas être considérés comme des actes administratifs, nous avons établi par là même le bien fondé de notre conception. La fonction administrative est donc bien cette fonction de l'Etat qui consiste à faire des actes juridiques, et l'acte juridique est une manifestation de volonté faite dans le but de créer une situation de droit subjectif. Le moment est venu de développer les divers éléments de cette définition et d'exposer ainsi la théorie juridique de l'acte administratif.

Il importe de faire au préalable une observation très importante. Nous avons toujours supposé jusqu'à pré-

sent que l'acte administratif émanait de l'Etat, parce que nous étudions les fonctions juridiques de l'Etat et qu'en fait la plupart des actes administratifs émanent de l'Etat. Mais il ne faut pas croire que tous les actes administratifs soient faits au nom de l'Etat. On sait déjà que dans tous les pays modernes il y a des personnes collectives, distinctes de l'Etat, qui sont associées à son activité, qui participent à l'accomplissement d'œuvres rentrant dans ce qui est considéré à un moment donné comme la mission obligatoire de l'Etat. Ce sont les collectivités locales personnifiées, comme en France les départements, les communes, les colonies, ou encore des services publics comprenant un certain nombre de fonctionnaires, de personnes profitant de ce service, le tout personnifié, et ayant un patrimoine affecté à son but; c'est ce qu'on appelle les établissements publics. Dans quels rapports ces personnes collectives sont-elles avec l'Etat? Sont-elles des concessionnaires de droits appartenant à l'Etat? Sont-elles des mandataires ou des agents au sens juridique? Ces personnalités ont-elles une réalité que l'Etat reconnaît ou sont-elles des créations arbitraires de l'Etat? Autant de questions très intéressantes, mais très difficiles, qu'il n'y a pas lieu de discuter ici. Nous devons prendre le fait tel qu'il est et constater qu'à côté des actes administratifs faits au nom de l'Etat, existent beaucoup d'actes administratifs faits au nom de personnes publiques distinctes de l'Etat. De telle sorte qu'on peut définir l'acte administratif l'acte juridique fait par l'Etat ou par toute autre personne publique, et la fonction administrative l'ensemble des actes administratifs ainsi faits par les personnes collectives publiques. Cf. Michoud, *Théorie de la personnalité morale,* 1906, p. 180 et 296.

L'acte juridique proprement dit est une manifestation de volonté, faite dans les limites fixées par le droit objectif, dans le but de créer une situation juridique subjective. Dans les Etats modernes, on peut

dire, bien entendu sauf les réserves faites précédemment (cf. notamment §§ 16 et 34), que le droit objectif se confond approximativement avec la loi positive; en admettant cette approximation, nous dirons que l'acte administratif, comme tout acte juridique, est constitué par quatre éléments : 1° La manifestation de volonté; 2° la compétence; 3° le but légal; 4° la situation juridique subjective.

1° *La manifestation ou la déclaration de volonté.* Il faut non seulement un acte de volonté interne du sujet de droit considéré, mais un acte de volonté qui se manifeste à l'extérieur.

Pour l'acte administratif une difficulté spéciale se présente. Il émane de l'Etat ou d'une autre personne publique aussi personne collective. En admettant que l'Etat et ces personnes publiques aient une volonté, elle sera exprimée par des individus, représentants de l'Etat ou de la personne publique. Quel rapport ont avec la personne publique les individus qui expriment sa volonté ? La question ne vient pas ici, et sera étudiée naturellement au chapitre III *Les organes de l'Etat.*

Les législations modernes ont abandonné le formalisme de l'ancien droit, et aujourd'hui, pas plus dans le droit public que dans le droit privé, la déclaration de volonté, pour produire un effet de droit, n'a besoin d'être exprimée dans une formule consacrée. Mais il faut que la manifestation de volonté, pour former le premier élément de tout acte juridique, administratif ou autre, ait lieu de telle façon qu'il ne puisse pas y avoir de doute sur la réalité de cette déclaration de volonté. Le droit administratif français, sans exiger une formule solennelle, exige en principe que la volonté de l'agent, voulant au nom d'une personne publique, soit exprimée par écrit. Cet écrit n'est point soumis à une formule particulière. On trouverait même peut-être des cas où l'acte administratif est valable sans qu'il y ait aucun écrit.

La déclaration de volonté d'un administrateur doit souvent être accompagnée de formalités, minutieusement décrites par les lois et les règlements et qui ont

pour but à la fois la bonne administration des intérêts publics et la protection des intérêts individuels. Ces formalités, très nombreuses et très diverses, peuvent cependant se classer en quelques groupes généraux : enquêtes où le public est appelé à donner son avis sur l'utilité d'une opération administrative projetée; — expertises ou autres vérifications; — avis donnés par des corps, le conseil d'Etat, les conseils administratifs locaux ou des conseils techniques; — mises en demeure préalables. — Logiquement, toute formalité exigée par la loi est exigée à peine de nullité, parce que l'acte administratif, bien qu'il soit purement et simplement un acte juridique, par cela seul qu'il émane de la volonté d'un organe public, voulant au nom d'une personne publique, produit certains effets particulièrement rigoureux au point de vue de l'exécution (cf. § 19), et que dès lors, pour que ces formalités soient une garantie vraiment efficace, il faut que leur inaccomplissement entraîne la nullité de l'acte.

Le premier élément de l'acte administratif, comme de tout acte juridique, est une déclaration de volonté. Cependant cette règle subit dans le droit français une exception notable. Parfois la loi présume qu'il y a eu déclaration de volonté de l'administrateur et les choses se passent comme s'il y avait eu manifestation réelle de volonté. Il y a alors acte administratif présumé légalement. Nous faisons allusion à la disposition de l'art. 3 de la loi du 17 juillet 1900 : « Dans les affaires contentieuses, qui ne peuvent être introduites devant le conseil d'Etat que sous la forme de recours contre une décision administrative, lorsqu'un délai de plus de quatre mois s'est écoulé sans qu'il soit intervenu aucune décision, les parties intéressées peuvent considérer leur demande comme rejetée et se pourvoir au conseil d'Etat ». Habituellement l'administrateur agit spontanément, mais il arrive souvent que l'administrateur ne veut ou ne peut agir que sur la demande de l'administré. Par exemple lorsqu'il s'agit d'autorisation de police ou de décision à prendre sur un marché de l'Etat, l'intéressé s'adresse à l'administrateur et ne peut s'adresser à la juridiction administrative qu'après la décision de l'administrateur. Avant la loi de 1900 si celui-ci gardait le silence indéfiniment, l'intéressé ne pouvait le forcer à répondre et ne pouvait attaquer son silence par un recours contentieux puisqu'il n'y avait pas d'acte administratif. Le législateur de 1900 est intervenu

et a décidé que lorsque l'administrateur aura gardé le silence pendant quatre mois, il y aura décision de rejet présumée, et que le recours contentieux sera possible. Disposition féconde et qui soumet plus étroitement que par le passé l'administration à la prise du droit.

A propos de la déclaration de volonté dans l'acte administratif se présente une question très délicate, qui se pose d'ailleurs pour toute déclaration de volonté dans un acte juridique quelconque. Elle peut se formuler d'une manière générale ainsi : une déclaration de volonté ayant eu lieu, peut-on être admis à démontrer que la volonté réelle ne coïncide pas avec les termes de la déclaration de volonté, que le contenu de la volonté interne ne coïncide pas avec le contenu de la volonté déclarée?

Il semble résulter de l'art. 1150 du code civil que dans le droit civil classique on est toujours admis à prouver, pour déterminer les effets d'un acte juridique, que le contenu de la volonté réelle n'a pas coïncidé avec le contenu de la volonté déclarée, à établir la volonté *vraie* du déclarant derrière la formule de la déclaration. Ce système paraît, au premier abord, très logique, très équitable. Mais en y réfléchissant, on s'aperçoit qu'il présente de graves inconvénients et qu'il n'est point aussi logique qu'il le paraît à un observateur superficiel. En effet, il ouvre une source inépuisable de procès; il favorise l'arbitraire du juge; il peut faire disparaître la confiance qui doit exister dans les relations juridiques; il favorise le plaideur de mauvaise foi, lui permettant d'invoquer des restrictions mentales. D'autre part, ce qui produit l'effet de droit, ce qui constitue l'acte juridique, ce n'est point un phénomène de volonté interne, simple phénomène de psychologie individuelle qui ne peut avoir aucune conséquence sociale. Ce qui peut produire un effet social et ce qui doit par conséquent entrer seul en compte pour le juriste, c'est la manifestation extérieure d'une volonté. Par conséquent, on ne peut être admis en principe à prouver que le contenu de la volonté interne est différent du contenu de la volonté *déclarée*, parce que seule la volonté déclarée peut produire un effet social et partant un effet de droit; la volonté interne reste un fait individuel, qui ne peut avoir de conséquence sociale et ne peut produire aucun effet de droit. Ce qui ne veut pas dire, bien entendu, que la déclaration de volonté, comme telle, puisse produire un effet de droit alors même qu'il n'y ait pas derrière une volonté réelle. La volonté réelle peut seule produire un effet de droit, mais elle ne peut le produire que si elle est déclarée et dans les limites où elle est déclarée, parce qu'alors seulement elle est un fait social.

Cette conception très logique et très pratique se rattache à la substitution progressive de la conception socialiste du droit à la conception individualiste (cf. § 5). Elle a été, sous le nom de théorie de la *déclaration de volonté*, développée par la doctrine allemande et consacrée par le code civil allemand (art. 116). Cf.

Saleilles, *De la déclaration de volonté dans le code civil allemand*, 1901. La jurisprudence française a déjà fait plusieurs applications intéressantes de cette idée pour l'interprétation des actes juridiques civils. Cf. Déreux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse Paris, 1905.

Cette théorie de la déclaration de volonté doit s'appliquer incontestablement aux actes administratifs. C'est pour eux particulièrement qu'il y aurait de graves inconvénients pratiques à pouvoir discuter le contenu de la déclaration de volonté. En outre, la volonté de l'administrateur ne peut produire un effet de droit que lorsqu'elle s'est manifestée à l'extérieur et dans les limites où elle s'est manifestée, parce qu'il n'y a qu'à cette condition et dans ces limites qu'elle est un acte social. D'autre part, l'agent qui fait l'acte administratif n'étant que le représentant d'une personne publique, on ne peut certainement tenir compte que de la volonté déclarée. La volonté intérieure et réelle de l'agent, mais non extérieurement manifestée, est sa volonté personnelle et non point une volonté représentative d'une personne publique. L'agent n'est le représentant de la personne publique que lorsqu'il manifeste sa volonté dans les formes et sous les conditions prescrites par la loi pour que cette volonté, qui en réalité est la sienne propre, soit considérée comme la volonté de la personne publique au nom de laquelle il veut. En droit administratif, on ne sera donc jamais admis à prouver que la volonté réelle de l'administrateur est différente en qualité ou en quantité du contenu de la déclaration. Cf. Hauriou et de Bézine. *De la déclaration de volonté en droit administratif*. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 543; Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 1904, p. 61, note 3.

La jurisprudence du conseil d'Etat fait une application intéressante de cette idée. On montrera plus loin (nos 2 et 3) que la déclaration de volonté ne produit un effet juridique que lorsqu'elle a pour objet une chose qui peut être légalement voulue, et que lorsqu'elle est déterminée par un but légal. Il en résulte que tout intéressé est admis à prouver que le but, en vue duquel l'administrateur a fait un acte, est un but contraire à la loi; mais il ne peut établir le but qu'a eu l'administrateur que par la déclaration de volonté; il n'est pas autorisé à établir, en dehors des termes de la déclaration de volonté, que le but réel qui a inspiré l'acte est contraire à la loi. M. Laferrière, résumant cette jurisprudence, écrit : « Le conseil d'Etat, juge du *détournement* de pouvoir, ne peut pas demander compte aux agents de l'administration des motifs de leur décision; il ne peut pas organiser des enquêtes en dehors d'eux pour scruter leurs arrière-pensées et vérifier les motifs de leurs actes. La preuve du détournement de pouvoir doit résulter de *documents émanés de l'administration elle-même* » (*Juridiction et contentieux*, 2e édit., 1896, II, p. 549). C'est bien décider que l'objet et le but de la volonté produisant l'effet de droit sont déter-

minés uniquement d'après le contenu de la déclaration de volonté, et que le juge ne peut tenir compte que de la volonté déclarée de l'administrateur.

2° *La compétence.* Il faut, pour qu'il y ait un acte juridique en général et un acte administratif en particulier, que la chose, objet de la déclaration de volonté, puisse être légalement voulue par la volonté considérée. Pour savoir quelle chose peut être légalement voulue, il faut considérer séparément la nature de la chose voulue et la qualité du sujet qui veut.

Il y a des choses que l'agent public ne peut pas juridiquement vouloir à cause de la nature même de la chose. Ainsi il est d'évidence que l'agent public, pas plus qu'un simple particulier, ne peut juridiquement vouloir un résultat qui constitue une infraction pénale. Mais la question de l'objet possible du *vouloir juridique* se pose d'une façon particulière pour l'acte administratif. D'après le postulat aujourd'hui presque unanimement admis, l'agent public qui fait un acte administratif exprime une volonté qui juridiquement est la volonté d'une personne publique dont il est le mandataire ou l'organe. Or une personne publique, quelle qu'elle soit, même l'Etat, qui par définition est la plus compréhensive, n'a et ne peut avoir qu'une activité juridique limitée. En effet, malgré les innombrables systèmes qui ont été proposés sur la nature et le fondement de la personnalité collective, il semble bien qu'on ne peut la fonder que sur l'existence d'un certain but à atteindre. De cela il résulte que ce but détermine l'étendue de l'activité juridique de chaque personne collective en général, de chaque personne publique en particulier. Rapp. les art. 6 et 11 de la loi du 1er juillet 1901 sur les associations et 14 et 18 de la loi du 9 décembre 1905.

Cela posé, on ne peut vouloir juridiquement une chose au nom d'une personne publique qu'autant que cette chose rentre dans le domaine d'activité juridique de la personne collective, lequel est déter-

miné exclusivement par le but qu'elle poursuit. Cette proposition s'applique à toutes les personnes publiques, même à l'Etat. Sans doute l'Etat, comme on l'a déjà dit, est par définition la plus compréhensive des personnes publiques ; le domaine de son activité juridique, par l'effet d'une évolution naturelle, s'étend chaque jour. Il n'en est pas moins vrai qu'il y a des choses que l'Etat ne peut pas faire, parce que à un moment donné ces choses sont considérées comme étant en dehors de son but. D'ailleurs dans les pays modernes, l'Etat détermine habituellement par des lois positives son domaine d'activité, et l'agent public peut toujours intervenir, au nom de l'Etat, dans le domaine ainsi délimité. Reste la question de savoir si et dans quelle mesure l'Etat législateur est lui-même limité, question qui sera étudiée au chapitre IV, *l'Etat et le droit*.

Pour les personnes publiques autres que l'Etat, la question de leur domaine respectif d'activité juridique est une question de droit administratif positif, qui ne peut être étudiée ici. C'est la question dite de la *spécialité* des personnes administratives, qui soulève de graves problèmes pour la solution desquels une jurisprudence intéressante est en train de s'élaborer.

En second lieu, chaque agent ne peut vouloir juridiquement que dans un certain domaine, et dans ce domaine qu'un certain nombre de choses. Ce pouvoir, qui appartient à chaque organe ou agent administratif, de vouloir un certain nombre de choses dans un certain domaine, forme sa *compétence*. Tout acte fait par un organe ou un agent administratif en dehors de sa compétence est nul. Quel est exactement le caractère de la compétence ? Quel est le caractère de la nullité qui frappe un acte fait par un agent incompétent ? Comment cette nullité est-elle sanctionnée ? Ce sont autant de questions qui seront étudiées plus loin (cf. §§ 66 et 67).

3° *Le but légal*. Pour qu'il y ait acte juridique en général, il faut que la volonté, qui veut une chose qu'elle a le pouvoir de vouloir, la veuille dans un but

conforme à la loi, ou plus exactement dans un but conforme à celui que la loi a eu en vue en lui donnant ce pouvoir. De cette proposition générale, il résulte qu'un agent administratif ne peut faire régulièrement un acte, même de sa compétence, qu'à la condition qu'il le fasse dans un certain but. Pour qu'il y ait acte administratif valable, il faut non seulement que l'acte qu'a fait l'agent rentre dans sa compétence, mais encore que l'agent en le faisant ait agi en vue du but qu'a eu le législateur en lui attribuant cette compétence.

Cette solution théorique, la jurisprudence du conseil d'Etat l'a réalisée dans la pratique par la remarquable théorie du détournement de pouvoir dont la haute assemblée a fait ces dernières années d'intéressantes applications, qui lui ont permis de réduire à rien la vieille théorie, si dangereuse, des actes administratifs *discrétionnaires*.

Voici quelques-unes des applications les plus récentes faites par le conseil d'Etat de la théorie du détournement de pouvoir. Il a annulé pour détournement de pouvoir le décret par lequel le gouvernement, invoquant l'art. 43 de la loi du 5 avril 1884, prononce la dissolution d'un conseil municipal dans le but d'obtenir le redressement d'irrégularités qui se seraient produites au cours des élections municipales ; le gouvernement ne peut prononcer la dissolution d'un conseil municipal qu'en vue d'assurer la bonne administration de la commune (Cons. d'Etat, 31 janvier 1902, *Rec.*, p. 55, et S., 1903, III, p. 113, avec une note de M. Hauriou). Le conseil d'Etat a encore annulé pour détournement de pouvoir une décision du ministre de la guerre excluant un négociant en grains des marchés et adjudications du service de la guerre, parce que le ministre s'était fondé sur des motifs étrangers soit à l'exécution des marchés, soit à la situation ou à la capacité professionnelle du négociant (4 août 1905, *Rec.*, p. 757, avec les conclusions de M. Saint-Paul). Le conseil d'Etat a enfin annulé pour détournement de pouvoir l'arrêté d'un maire « qui, en frappant un agent de police de suspension, a agi dans un but autre que la sauvegarde d'intérêts qui lui sont confiés » (16 nov. 1900, *Rec.*, p. 617, et S., 1901, III, p. 57, avec une note de M. Hauriou). Il est à noter que, dans ces divers arrêts, le conseil d'Etat emploie, non pas l'expression *détournement de pouvoir,* mais celle d'*excès de pouvoir,* montrant par là que, dans sa pensée, le fonctionnaire qui commet un détournement de pouvoir *excède* vraiment sa compétence.

Il n'est pas inutile de montrer comment cette théorie du détournement de pouvoir, qui ne considère, au point de vue du but poursuivi, que la volonté de l'agent et non la volonté de la personne publique qu'il représente, se concilie avec le postulat de la personnalité collective publique ainsi représentée par un agent. Malgré ce postulat de la représentation et de l'existence d'une volonté de la personne collective, il est indiscutable que la seule volonté dont on puisse saisir le processus interne est celle de l'agent qui fait la déclaration de volonté support de l'acte administratif. Or, comme le but répond au processus interne de la volonté, au point de vue du but on ne peut et on ne doit considérer que la volonté déclarée de l'agent.

4° *La situation juridique subjective.* Pour qu'il y ait un acte juridique en général, et un acte administratif en particulier, il faut que la déclaration de volonté ait été faite avec l'intention de faire naître une situation juridique subjective.

Une situation juridique subjective consiste essentiellement dans l'obligation pour une ou plusieurs volontés d'accomplir une certaine prestation positive ou négative à l'effet de réaliser un résultat légitimement voulu par une volonté, obligation existant sous une sanction sociale, qui, dans les sociétés étatiques modernes, est réalisée par l'intervention de l'Etat, lequel, soit spontanément, soit sur la demande de l'intéressé, suivant les cas, assure directement ou indirectement par l'emploi de la force le résultat légitimement voulu. La contre-partie de cette obligation c'est le droit pour un certain sujet ou, si l'on veut, le pouvoir pour une certaine volonté de demander l'accomplissement de cette prestation et, au cas où elle ne serait pas accomplie volontairement, le droit de provoquer l'intervention de l'Etat pour qu'il en assure par la force la réalisation.

Telle est la notion généralement admise de la situation juridique, qui s'analyserait essentiellement en un rapport entre deux sujets, un sujet actif et un sujet passif. C'est le *vinculum juris* des Romains. Tout cela demanderait à être discuté. Nous ne sommes pas bien sûr que la situation juridique soit toujours un rapport entre deux sujets, l'un passif et l'autre actif. Avec cette conception un peu étroite de la situation de droit, bien des faits de la vie juridi-

l'acte juridique qui a été fait conformément au droit objectif et où il est partie. Les tribunaux de l'Etat sont compétents pour le juger et leurs décisions sont exécutoires contre lui. Cela est la conséquence directe de la conception de l'*Etat de droit* (du *Rechtsstaat*). Mais comme on n'a de voie d'exécution forcée qu'avec le concours de l'Etat, on ne peut avoir de voie d'exécution forcée contre l'Etat. La garantie des particuliers que l'Etat exécutera ses obligations, se trouve donc seulement dans l'organisation politique et administrative de l'Etat, qui doit être telle que le danger de refus arbitraire d'exécution de ses obligations soit réduit au minimum.

La personne publique engagée dans une situation juridique objective à la suite d'un acte administratif, est souvent une personne publique autre que l'Etat; c'est un département, une commune, un établissement public. Comme ces personnes sont associées à l'activité publique de l'Etat et concourent à l'obtention des buts de l'Etat, elles bénéficient, d'après les législations modernes et particulièrement d'après le droit français, de la plupart des avantages qui résultent pour l'Etat de sa qualité même. Aussi comme l'Etat elles ont ce privilège de l'exécution préalable, c'est-à-dire le privilège de procéder à l'exécution malgré les protestations et le recours du sujet passif. La personne publique est évidemment liée par les obligations qui résultent pour elle de l'acte administratif; mais le particulier ne peut point employer contre elle, pas plus que contre l'Etat, les voies ordinaires d'exécution. Au reste l'Etat, par les moyens du contrôle administratif, pourra contraindre, spontanément ou sur la demande des intéressés, la personne publique subordonnée à exécuter ses obligations.

Il y aurait encore beaucoup de questions à étudier relativement à l'acte administratif conçu comme un acte juridique : notamment la question de savoir s'il n'y a pas certains actes de l'*administration* qui ne produisent pas d'effet juridique par eux-mêmes, mais sont seulement la condition de l'application de la loi dans un cas particulier ou à une personne déterminée, par exemple la nomination d'un fonctionnaire, qui est peut-être plutôt la condition de l'application de la loi de fonction que la cause efficiente de la situation faite au fonctionnaire (cf. § 65) ; et encore la question de savoir quel est exactement le caractère des délibérations des corps administratifs portant avis, et celui des délibérations des corps administratifs locaux, exécutoires seulement avec l'approbation de l'autorité supérieure. L'examen de ces dernières questions très délicates ne peut trouver place ici. Sauf certaines réserves on peut, nous semble-t-il,

faire rentrer ces différents actes dans la catégorie des actes administratifs, parce qu'ils se rattachent à un acte administratif, produisant un effet de droit, dont ils sont la condition. Cette solution ne pourrait cependant pas être donnée pour les délibérations portant simplement un vœu.

Ne doivent pas être considérés comme des actes administratifs les ordres ou les instructions, individuels ou généraux, adressés par le fonctionnaire chef de service à ses subordonnés. La seule différence entre l'ordre et l'instruction est une différence de fait : l'ordre fixe d'une manière étroite la conduite que doit tenir le subordonné; l'instruction lui laisse une liberté d'appréciation.

Les instructions ou ordres, donnés par écrit et par voie générale à un groupe de fonctionnaires, portent le nom de *circulaires*. On est unanime à reconnaître que les circulaires, même émanant des ministres, n'ont aucune valeur juridique. Elles ne sont pas des actes administratifs proprement dits, puisqu'elles ne sont pas des actes individuels, et elles ne sont pas des règlements parce que l'auteur de la circulaire n'a pas eu l'intention de faire un règlement et qu'en général il n'aurait point eu compétence pour faire un règlement sur la matière objet de la circulaire.

On est d'accord sur ce point; mais la controverse est née lorsqu'on s'est demandé quel était ce criterium qui permettait de distinguer la circulaire du règlement. A notre avis, il n'y a pas d'autre criterium de fond que l'intention même de l'auteur de l'acte. Cependant lorsque l'acte porte sur une matière sur laquelle le fonctionnaire n'a pas le pouvoir réglementaire, comme on ne peut pas présumer qu'il ait voulu faire un acte nul, on présumera qu'il y a simplement une circulaire.

Quelques auteurs allemands ont soutenu que l'ordre général de service constituait une règle obligatoire pour les fonctionnaires, non point pour les particuliers; ils ont voulu expliquer cela par le lien de droit particulier rattachant les fonctionnaires à l'Etat (Laband, *Droit public,* édit. franç., II, p. 148). Cette idée est insoutenable. Cf. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents,* 1903, p. 446.

Quant à l'instruction ou à l'ordre individuel adressé par le fonctionnaire supérieur à son subordonné, nous pensons, quoiqu'on ait quelquefois soutenu le contraire, qu'il ne produit point d'effet de droit et n'est point un acte administratif proprement dit. Sans doute, l'inférieur qui ne se conforme pas à cet ordre pourra être l'objet d'un blâme, de la révocation même ; mais par l'effet de l'ordre il ne naît point à sa charge une obligation juridique de faire ce qui lui est commandé. Pour donner cette solution, nous raisonnons ainsi : ou bien la chose commandée était en dehors des attributions du fonctionnaire inférieur, alors l'ordre du fonctionnaire de violer la loi est évidemment sans valeur ; ou bien la chose commandée devait être faite par le fonctionnaire en vertu même de la loi et l'ordre du

supérieur ne peut rien ajouter à l'obligation fonctionnelle du subordonné ; ou bien la chose commandée par le supérieur était laissée par lui à la libre appréciation du fonctionnaire, l'ordre du supérieur ne peut même dans ce cas lier juridiquement l'inférienr, car s'il le liait, sa liberté d'appréciation serait supprimée et la loi de compétence qui a établi cette liberté d'appréciation serait violée. On doit donc conclure que les ordres individuels, pas plus que les instructions et les ordres par voie générale de fonctionnaires supérieurs, ne sont des actes administratifs proprement dits (cf. § 67).

Pour les opérations matérielles administratives, qui ne sont pas faites en vue de créer une situation de droit, qui par conséquent ne sont pas des actes administratifs, mais qui cependant tombent sous la prise du droit administratif, on se reportera au § 38.

43. Des diverses espèces d'actes administratifs. — De tout ce qui précède, il résulte que l'acte administratif proprement dit, au point de vue matériel, est toujours un acte juridique, c'est-à-dire une déclaration de volonté, conforme à la loi, et faite dans le but de créer une situation juridique subjective. L'acte administratif est toujours cela, est tout cela, mais n'est que cela. Cependant si tous les actes administratifs ont ce caractère essentiel commun, ils peuvent avoir des caractères secondaires différents, et tout le monde reconnaît qu'en effet il y a entre les actes administratifs des distinctions à faire. On est même aujourd'hui à peu près unanimement d'accord pour distinguer deux grandes catégories d'actes administratifs : *les actes administratifs d'autorité* (ou de puissance publique) et *les actes administratifs de gestion.*

Cette distinction est aujourd'hui en général admise. Mais lorsqu'il s'agit de déterminer le criterium, de dire quels sont les actes administratifs d'autorité et quels les actes administratifs de gestion, les difficultés et les controverses commencent. Et aussi l'intérêt qu'il y a à faire la distinction entre les deux catégories d'actes varie suivant que l'on admet tel ou tel criterium de distinction.

Observons cependant tout de suite qu'il n'est pas exact de dire, comme on le fait souvent, que l'Etat n'est jamais responsable à l'occasion de ses actes d'autorité, qu'il ne peut être reponsable qu'à

l'occasion des actes de gestion. Il y a aujourd'hui une tendance dans la jurisprudence et même dans la loi (cf. la loi du 8 juin 1895, sur la réparation d'erreurs judiciaires, C. inst. crim., art. 446), à reconnaître la responsabilité de l'Etat même au cas d'acte de puissance publique (cf. § 96). Il n'est pas exact non plus de dire avec M. Bourguin que les agents de l'Etat, qui ne font pas d'actes d'autorité, mais seulement des actes de gestion, ont le droit de grève et le droit de se syndiquer (cf. § 64). Ces diverses propositions sont d'autant plus inexactes, qu'en les formulant on fait rentrer dans la catégorie des actes de gestion des opérations matérielles administratives, qui, n'étant pas des actes administratifs proprement dits, ne peuvent rentrer dans aucune des deux catégories.

A notre avis, la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion est tout simplement la distinction des actes *unilatéraux* et des actes *contractuels*. Les actes d'autorité sont des actes administratifs unilatéraux; les actes de gestion sont des actes administratifs contractuels. L'intérêt de la distinction est celui qu'il y a à distinguer l'acte unilatéral et l'acte contractuel. D'autre part, dans les législations comme la législation française, qui ont créé des juridictions administratives et un contentieux administratif, les actes d'autorité, précisément parce qu'ils sont des actes unilatéraux, peuvent seuls fonder le contentieux administratif par nature.

Avant de développer cette idée, il n'est pas inutile de passer rapidement en revue les différentes doctrines proposées sur la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, et d'en montrer l'insuffisance.

Doctrine de M. Laferrière. — C'est M. Laferrière qui par sa haute autorité a contribué, pour une très large part, à faire admettre par la doctrine française cette distinction des actes d'autorité et des actes de gestion. Il l'explique de la manière suivante : « Une double mission incombe à l'autorité administrative. D'une part elle est chargée de veiller à la gestion de la fortune publique et à son emploi, d'assurer la perception des revenus de toute nature et leur affectation aux services publics. Les actes qu'elle accomplit pour remplir cette mission sont ceux qu'on appelle *actes de gestion*. D'un autre côté l'administration est dépositaire d'une part d'autorité, de puissance qui est un des attributs du pouvoir exécutif. Elle est chargée de faire exécuter les lois, de régler la marche des services publics, de procurer aux citoyens les avantages d'une bonne police. Elle intervient par voie de prescriptions générales, d'injonctions ou de défenses..... L'administration agit alors comme auto-

rité, comme puissance, et les actes qu'elle fait ainsi sont des actes de commandement ou de puissance publique » (*Juridiction et contentieux*, 2e édit., 1896, p. 6). Pour l'auteur, l'intérêt de la distinction, que d'ailleurs il ne justifie pas, c'est que *seuls* les actes administratifs d'autorité donnent naissance au contentieux administratif par nature, et que les actes de gestion ne donnent naissance qu'à un contentieux administratif exceptionnel ou par détermination de la loi.

Le criterium de distinction donné par M. Laferrière est tout à fait vague ; et de plus il est inadmissible. Le savant auteur a eu en effet le tort de vouloir établir une différence interne entre deux catégories d'actes juridiques d'après la différence des buts poursuivis par l'Etat-administrateur au moyen de ces deux catégories d'actes. En réalité, comme on l'a déjà dit, l'Etat-administrateur ne poursuit qu'un seul et même but; mais ce but il l'obtient par l'emploi de moyens juridiquement différents; c'est la différence juridique interne de ces moyens que ne détermine pas M. Laferrière et qu'il faut déterminer. L'auteur paraît d'ailleurs l'avoir compris quand il dit que l'acte d'autorité est une prescription générale, une injonction, une défense; il indique là un caractère interne de l'acte; mais il se contredit; car après avoir fait la distinction d'après le but que poursuit l'Etat-administrateur, il semble vouloir déterminer la nature intrinsèque de l'acte d'autorité.

Enfin le criterium proposé par M. Laferrière aboutit à des conséquences inadmissibles. Si, comme il le dit, est acte de gestion tout acte qui tend à assurer la perception des revenus de toute nature, il en faut conclure que l'arrêté du préfet qui rend obligatoire le rôle des contributions directes, l'arrêté de débet pris par un ministre contre un détenteur des deniers de l'Etat sont des actes de gestion. Or il nous paraît tout à fait impossible de n'y pas voir au premier chef des actes d'autorité.

Doctrine de l'Etat fisc. — Elle se rapproche beaucoup de la doctrine de M. Laferrière. Elle a eu pendant longtemps en Allemagne un grand crédit, et semble avoir été confirmée par l'art. 89 § 1 du Code civil allemand. En France, elle est suivie, à leur insu d'ailleurs, par la plupart des auteurs de droit civil et par quelques publicistes.

D'après cette doctrine, il y aurait dans l'Etat deux personnes : la personne de puissance publique investie du pouvoir de commander, et la personne patrimoniale, le *fisc*, investie de droits exclusivement patrimoniaux. Les actes de la première seraient ceux que nous appelons actes d'autorité; les actes de la seconde ceux que nous appelons actes de gestion.

Les controverses abondent d'ailleurs en Allemagne sur la nature exacte du *fisc*. Faut-il y voir une personne distincte véritablement de l'Etat, ou un organe de l'Etat, qui reste lui un et indivisible ? Si le fisc est une personne distincte de l'Etat, est-il une personne de

droit public ou de droit privé, ou est-il une personne tantôt de droit public, tantôt de droit privé suivant la nature des actes qu'il fait ? Autant de questions très vivement controversées en Allemagne. Cf. Laband, *Droit public*, édit. franç., 1904, VI, p. 1 et suiv. et surtout Hatschek, *Die rechtliche Stellung des Fiscus im bürgerlichen Gesetzbuch*, 1899.

Le défaut de cette doctrine est surtout d'aboutir à peu près nécessairement à créer un dualisme dans l'Etat. Or ce dualisme est inadmissible. M. Jellinek a eu bien raison d'écrire : « Rien n'est plus faux que la croyance que l'Etat et le fisc sont deux personnalités distinctes » (*System*, 2e édit., 1905, p. 209. Rap. Hauriou, *Droit administratif*, 5e édit., 1903, p. 216, note 2). Mais si l'on n'admet pas que le *fisc* soit une personne distincte de la personnalité de l'Etat-puissance, cette conception du fisc ne peut point servir à expliquer la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion.

Doctrine de M. Berthélemy. — Cet auteur admet aussi la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion et y rattache des conséquences très importantes. Il écrit : « Les actes d'administration se divisent en deux catégories : les uns sont des actes de puissance publique par lesquels (les administrateurs) commandent ou interdisent quelque chose aux administrés. Les autres sont des actes de gestion qu'ils accomplissent en leur qualité de représentants des services publics » (*Droit administratif*, 4e édit., 1906, p. 18). Voulant donner un criterium pratique des actes de gestion, M. Berthélemy dit : « Les actes de gestion sont des actes comme tout le monde en pourrait faire dans l'administration d'un patrimoine particulier et qui n'impliquent en rien l'existence de la puissance publique » (*Ibid.*, p. 43).

D'après notre savant collègue, la distinction des actes de gestion et des actes d'autorité est importante aux points de vue suivants. Seuls les actes de puissance publique donnent naissance au contentieux administratif par nature ; seuls les actes de gestion peuvent engager la responsabilité de la personne publique au nom de laquelle ils sont faits. (On a déjà dit que la tendance de la loi et de la jurisprudence était contraire à cela). Les agents qui ne font que des actes de gestion sont, plutôt que des fonctionnaires, des employés, des ouvriers de l'Etat ; ils sont liés à l'Etat par un contrat. Cf. §§ 63 et 64.

La doctrine de M. Berthélemy nous paraît inexacte dans son principe et dans ses conséquences. Comme M. Laferrière, le savant professeur a le tort de faire la distinction des deux catégories d'actes d'après le but que poursuit l'administration. Ce point de départ, on l'a déjà dit, ne peut conduire à rien, parce que l'administration poursuit toujours un seul et même but, et parce que, poursuivrait-elle des buts différents, à cette différence de but ne correspond point nécessairement une différence juridique entre les actes faits pour les atteindre.

Quant au critérium auquel M. Berthélemy paraît attacher beaucoup d'importance, et d'après lequel on reconnaîtrait les actes de gestion à ce que ce sont des actes que pourrait faire un simple particulier, ce n'est qu'un cercle vicieux. En effet, quand on considère l'acte fait par un administrateur, pour savoir s'il peut être fait par un particulier, il faut d'abord savoir s'il est un acte de gestion. Ce n'est donc pas la possibilité d'être fait par un particulier qui nous révèle la qualité d'acte de gestion; c'est de la qualité d'acte de gestion reconnue à un acte qu'on peut conclure qu'il peut être fait par un particulier.

M. Berthélemy dit encore : Ce n'est pas l'Etat personne de puissance publique et l'Etat fisc qu'il faut distinguer ; c'est l'Etat puissance et l'Etat personne. La puissance n'est pas l'exercice d'un droit, mais d'une fonction nécessaire; les fonctionnaires qui commandent n'exercent pas les droits du souverain, ils exercent sa fonction. « Au lieu de dire *Etat personne privée, Etat personne publique*, il est infiniment plus simple de dire *Etat personne* et *Etat puissance*. Les actes de gestion sont faits par les fonctionnaires *représentants juridiques* de l'Etat *personne :* les actes d'autorité sont accomplis par les fonctionnaires *organes* de l'Etat *puissance* » (4e éd., 1906, p. 45). M. Berthélemy nous fait l'honneur de nous citer et déclare qu'il est tout à fait d'accord avec nous. Nous craignons bien qu'il n'en soit pas ainsi. Nous avons essayé d'établir que scientifiquement il était impossible d'affirmer l'existence d'une personnalité de l'Etat et d'une puissance commandante appartenant à cette personnalité, qu'on ne constatait qu'une puissance de fait appartenant dans un pays donné à un groupe d'individus, le groupe des plus forts, matériellement ou moralement. M. Berthélemy n'admet certainement pas cela. Il parle de l'Etat puissance; donc, dans sa pensée, le titulaire de la puissance ce n'est pas le gouvernement, mais l'Etat. Il dit que les fonctionnaires, qui font des actes d'autorité, exercent la fonction du souverain; le souverain a donc une fonction; et pour qu'il ait une fonction, il faut qu'il soit une personne. Puissance, fonction, c'est l'Etat souverain qui en est titulaire; M. Berthélemy revient ainsi forcément à la notion de l'Etat personne titulaire de la puissance publique. Maintenant, qu'on dise que la puissance publique est un droit ou est la mise en œuvre d'une fonction, cela n'a aucune importance.

Doctrine de M. Hauriou. — Le savant professeur de Toulouse enseigne sur la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion une doctrine très ingénieuse, très savante, qui sans doute contient une part de vérité, mais qui, à notre avis, contient une part encore plus grande d'erreur. Cf. Hauriou, *La gestion administrative*, 1899; *Droit administratif*, 5e édit., 1903, p. 201 et suiv.

L'activité administrative, dit M. Hauriou, se manifeste sous trois modes ou par trois voies : 1° la voie d'autorité; 2° la voie de gestion publique; 3° la voie de gestion privée.

La *voie d'autorité* est celle où l'administration, agissant comme puissance publique, émet des commandements adressés à l'administré. Quand l'administration agit par voie d'autorité, l'administré n'est pas un tiers avec lequel l'administration entre en commerce juridique; il est un sujet auquel il adresse une injonction. Il en résulte que lorsque l'administration agit par voie d'autorité, l'administré ne peut jamais se prévaloir d'un droit subjectif contre la personne publique au nom de laquelle est fait l'acte d'autorité. Mais l'administration est toujours limitée par la loi, et dès lors l'intéressé a toujours un recours objectif, recours en annulation (cf. § 46) pour faire annuler l'acte d'autorité fait en violation de la loi. Ainsi, d'après M. Hauriou, les actes d'autorité fondent le contentieux objectif ou d'annulation, mais point le contentieux subjectif ou de pleine juridiction.

La *voie de la gestion* publique est celle où l'administration, agissant au nom de la puissance publique, apparaît comme exécutant un service public et accepte des concours : concours des fonctionnaires, des entrepreneurs ou concessionnaires, des administrés. D'après M. Hauriou, ce fait que la puissance publique accepte une collaboration la force à tenir compte des intérêts de ses collaborateurs, et ceux-ci, fonctionnaires et administrés, n'apparaissent plus comme de simples sujets, mais comme des tiers avec lesquels la personne publique entre en commerce juridique. L'existence de ce commerce juridique permet la naissance, au profit des fonctionnaires, des administrés, de droits subjectifs qu'ils pourront invoquer contre la personne publique. Les actes de gestion publique donneront donc ouverture, comme les actes d'autorité, au contentieux administratif, mais au contentieux de pleine juridiction ou contentieux subjectif. Les circonstances où l'administration intervient par la voie de la gestion publique sont très nombreuses. M. Hauriou cite : tous les contrats conclus en vue du fonctionnement d'un service public, marchés de travaux publics, marchés de fournitures, toutes les décisions administratives qui statuent sur une dette ou une créance d'argent, rôles d'impôt, reconnaissance ou liquidation d'une dette d'Etat, traitement, pension.

La *voie de la gestion privée* est celle où n'apparaît pas au premier plan le but de la gestion d'un service public. L'administration se conduit ici comme une personne privée; elle use des moyens du commerce juridique privé sans jouir en principe d'aucune prérogative. Les litiges qui naissent à l'occasion des actes de gestion privée sont de la compétence des tribunaux judiciaires. Appartiennent à la gestion privée tous les actes qui touchent au domaine privé de l'Etat et aux entreprises privées.

Cette doctrine de M. Hauriou, quelque savante et ingénieuse qu'elle soit, est inadmissible. Son caractère artificiel apparaît immédiatement, si l'on remarque qu'elle a été inspirée à l'auteur par le désir d'expliquer et de justifier coûte que coûte certaines lois et

certaines décisions du conseil d'Etat, attribuant compétence aux tribunaux administratifs dans des cas où on n'apercevait pas la raison de cette compétence, par exemple au cas de marché de fournitures passé par les ministres et au cas de responsabilité de l'Etat. M. Hauriou le reconnaît lui-même. D'autre part, il a formulé *a priori* cette proposition : là où il y a contentieux d'annulation, il y a un acte d'autorité, là où il y a contentieux de pleine juridiction, il y a un acte de gestion publique ; et toute sa théorie est artificiellement construite pour justifier cette affirmation *a priori*.

La doctrine de M. Hauriou a le tort, comme les théories précédemment indiquées, de vouloir fonder la distinction des diverses catégories d'actes administratifs sur la notion de but. Nous avons dit qu'il y avait là une erreur. M. J. Appleton (*Revue du droit public*, 1902, II, p. 155) a formulé très nettement et très justement l'objection. La nature d'un acte, dit-il, est déterminée, non par le but poursuivi, mais par le moyen employé. Peu importe que l'acte soit fait en vue des services publics ou en vue du domaine privé, s'il est un acte unilatéral, il reste un acte unilatéral ; s'il est un contrat, il reste un contrat. Ajoutons que le but administratif étant unique, il ne devrait y avoir qu'une seule espèce d'actes administratifs. — M. Hauriou reconnaît que l'objection est sérieuse. Mais il n'y répond que d'une manière bien vague. Il dit que c'est une question de philosophie juridique, que le but joue un rôle considérable dans la formation du droit. — Ce n'est pas nous qui contesterons l'importance du but dans le droit : le but fonde le droit objectif, fonde l'effet juridique d'un acte de volonté ; un acte de volonté ne produit un effet de droit que s'il est déterminé par un but reconnu par le droit objectif. Mais un même but (et le but administratif est toujours un même et unique but) peut être poursuivi et obtenu par des actes dont la nature interne est différente, et c'est cette différence de nature interne qu'il faut déterminer. M. Hauriou, pour montrer que le but qualifie l'acte, cite l'exemple des contrats commerciaux, qui ont ce caractère, dit-il, à cause du but commercial poursuivi. C'est vrai ; mais l'acte commercial reste un acte civil quant au fond ; il peut seulement être fait en une forme particulière et entraîne dans certains pays une compétence spéciale. La différence de but entre l'acte civil et l'acte commercial n'entraîne aucune différence de fond ; et des actes commerciaux, quoique faits en vue d'un même but, peuvent être et sont de nature intrinsèque diverse. M. Hauriou ajoute lui-même : « Ce qui prouve bien que le but de l'acte le qualifie, c'est qu'il influe sur la forme elle-même ». Oui sur la forme et non sur le fond. C'est précisément notre thèse. Au reste on pourrait montrer qu'en réalité la forme d'un acte n'est pas modifiée en raison du but poursuivi, mais en raison de la qualité de la personne intervenante.

La doctrine de M. Hauriou aboutit à créer dans l'Etat trois personnalités : la personnalité de l'Etat puissance publique, agissant

par voie d'autorité, la personnalité de l'Etat puissance publique, agissant par voie de gestion publique et la personnalité de l'Etat personne privée, agissant par voie de gestion privée. M. Hauriou s'en défend en disant que la personnalité de l'Etat reste une et indivisible, mais présente des aspects divers, se manifeste par des voies différentes. Acceptons cela. Il reste que notre savant collègue se met évidemment en contradiction avec lui-même. Si l'Etat puissance est une personne (M. Hauriou le dit expressément à la p. 197, où il parle de la jouissance des droits des personnes administratives, droit de puissance publique et droit de personne privée), si la puissance publique est un droit subjectif dont l'Etat personne est titulaire, assurément cela doit être vrai, quel que soit le mode suivant lequel s'exerce cette puissance publique, et, d'après la terminologie de l'auteur, que cette puissance publique s'exerce par la voie d'autorité ou par la voie de gestion. Or sans doute, quand la puissance publique agit par la voie de la gestion, M. Hauriou déclare (p. 213) qu'elle est un droit dont le titulaire est l'Etat et qu'elle est exercée au nom de cette personne. « La puissance publique agit au nom d'une personnalité administrative ». Mais l'auteur ajoute : « Dans la voie d'autorité, on peut se demander jusqu'à quel point les actes sont l'œuvre des personnes morales administratives... A mon avis, les actes d'autorité sont accomplis en partie au nom d'une puissance publique personnelle et irresponsable, mais en partie aussi au nom d'organes administratifs dans les attributions desquels ils rentrent, et au nom des personnes administratives pour le compte desquelles ils sont faits » (p. 203). Nous ne comprenons plus. Ainsi voilà des actes qui sont accomplis en partie au nom d'une puissance publique *impersonnelle;* cependant cette puissance publique n'est pas tout à fait *impersonnelle,* puisque derrière elle il y a une personne administrative, puisque les actes d'autorité sont faits *en partie* au nom des organes dans les attributions desquels ils rentrent. Il faut cependant choisir : ou l'Etat est une personne, et c'est en son nom que sont faits tous les actes étatiques; ou l'Etat n'est pas une personne, et aucun acte n'est fait en son nom.

En définitive, la théorie de M. Hauriou est l'énoncé d'une proposition très simple enveloppée en des formules élégantes, savantes et souvent sibyllines. Elle revient à ceci : dans les actes réglementaires, la personne publique formule par ses organes une règle générale et abstraite, et n'entre en relation avec aucune autre personnalité et il ne se forme point de situation juridique; au contraire lorsque la personne publique fait un acte administratif proprement dit, elle entre en relation avec une autre personnalité, il naît une situation de droit subjectif avec ses conséquences normales. Tout ce que M. Hauriou dit de l'acte d'autorité n'est vrai que pour les règlements. D'autre part, nous le défions bien de citer un acte administratif véritable qui puisse produire un effet sans le concours de fonctionnaires et d'administrés. Pour administrer, il faut — c'est

un pur truisme de le dire — des administrateurs et des administrés. Quand M. Hauriou dit à la p. 207 que les rôles d'impôt sont des actes de gestion, parce que pour les recouvrer il faut le concours des contribuables, il formule une vérité malheureusement trop évidente! Toute cette savante théorie se réduit à ceci : Il y a des actes réglementaires qui ne sont pas des actes administratifs matériels, mais de véritables actes législatifs; il y a des actes administratifs proprement dits qui font naître des situations de droit auxquelles sont parties la personne publique, des fonctionnaires, des administrés. Assurément pour les actes réglementaires, il ne peut exister qu'un contentieux objectif, parce que, une situation juridique subjective n'étant pas créée, on ne peut former un recours fondé sur une situation juridique qui n'existe pas. Quant à l'acte administratif proprement dit, il peut toujours donner lieu soit à un recours subjectif, soit à un recours objectif; cela dépend de la personne qui forme le recours, suivant qu'elle est ou non partie à la situation juridique née de l'acte.

Que sa théorie se réduise à la distinction des actes réglementaires et des actes administratifs, M. Hauriou le reconnait au moins implicitement quand il écrit : « La véritable nature de l'acte d'autorité s'affirme comme réglementaire et les décisions réglementaires participent bien à la fois du pouvoir de commandement et de la règle de principe... Il y a en premier lieu les décisions contenant règle générale qui sont règlements proprement dits » (p. 266). Mais M. Hauriou veut montrer qu'il y a des actes administratifs individuels qui sont des actes d'autorité, et pour cela (tant est vraie notre objection!) il est obligé de soutenir ce paradoxe que ces actes, quoique individuels, sont cependant « des décisions réglementaires, parce qu'elles s'imposent à l'obéissance et au respect du public bien qu'elles ne contiennent pas de règle générale ». Pris en eux-mêmes ces termes sont contradictoires, parce que par définition même une disposition par voie générale est celle qui s'impose au respect du public. Si M. Hauriou veut dire que l'effet de certains actes administratifs réagit sur des personnes qui ne sont pas parties à la situation juridique qui en nait, il a parfaitement raison ; mais sa formule n'est pas alors assez générale, car cela est vrai non seulement de quelques actes administratifs, mais de tous, et même de tous les actes juridiques, sans exception, publics et privés. Pour ne pas sortir du domaine administratif, tous les actes de gestion indiqués par M. Hauriou, contrats administratifs, élection, rôle des contributions directes ne s'imposent-ils pas au respect du public, suivant la formule de l'auteur?

Comme exemple d'actes individuels d'autorité, M. Hauriou (p. 266) cite la nomination de fonctionnaire, qui, dit-il, est un acte d'autorité parce que, quoique individuel, il a quelque chose de réglementaire, puisque le fonctionnaire une fois nommé aura droit à l'obéissance de tous (p. 266). — C'est mal raisonné, parce que si

le fonctionnaire a droit à l'obéissance de tous, ce n'est pas en vertu de sa nomination, c'est en vertu de la loi de compétence fonctionnelle, dont l'application à une personne déterminée est subordonnée à la nomination de cette personne. L'acte d'autorité, au sens de M. Hauriou, c'est la loi de compétence. L'acte de nomination a en lui-même tous les caractères que M. Hauriou attribue à l'acte de gestion. « Le signe extérieur de l'acte de gestion, dit-il, est que l'administration exécute un service public ou une opération et y accepte des concours ». Or le premier acte d'exécution d'un service public, n'est-ce pas la nomination des fonctionnaires de ce service; et la nomination d'un fonctionnaire n'implique-t-elle pas au premier chef le concours de ce fonctionnaire? M. Hauriou dit que toutes les questions de traitement, de pension, se rattachent à la gestion administrative; mais elles se rattachent à l'acte de nomination: donc l'acte de nomination est un acte de gestion. Mais, dira-t-il, l'acte de nomination est un acte d'autorité puisqu'il donne naissance au contentieux objectif. Point du tout. Si un tiers, touché indirectement par la nomination, l'attaque, il le fera évidemment par le recours objectif pour excès de pouvoir fondé sur la violation de la loi (cf. arrêts du conseil d'Etat, affaires Lot, Molinier et Savary, 11 décembre 1903 et 18 mars 1904). Si au contraire le fonctionnaire, partie à la situation juridique née de l'acte de nomination, invoque cette situation pour prétendre par exemple à un droit de créance contre l'Etat, il y aura contentieux subjectif ou de pleine juridiction.

M. Hauriou enseigne que l'élection d'un fonctionnaire est un acte de gestion, comment peut-il enseigner en même temps que la nomination ne l'est pas. Les deux actes ont une nature absolument identique. Si la nomination, suivant la terminologie de M. Hauriou, a quelque chose de réglementaire, l'élection ne l'a pas moins. Mais, dit l'auteur, dans l'élection l'administration accepte le concours des électeurs. Non. L'élection est faite comme tous les actes faits au nom d'une personne publique par un organe de cette personne, qui pour une élection est un collège électoral, et qui pour une nomination est un fonctionnaire. Nous croyons bien que si M. Hauriou voit dans l'élection un acte de gestion c'est tout simplement parce que à la suite de M. Laferrière il a vu (à tort d'ailleurs à notre avis) dans le contentieux électoral un contentieux de pleine juridiction et que pour démontrer la proposition *a priori* qui a inspiré tout son système, il lui a fallu coûte que coûte faire rentrer l'élection dans la catégorie des actes de gestion.

Nous ne pouvons pas discuter plus longuement ce système. Nous croyons en avoir assez dit pour montrer le vide et les contradictions qui se cachent sous l'élégance et parfois l'obscurité des formules. Cf. pour la critique de la théorie de M. Hauriou, outre l'article déjà cité de M. J. Appleton, *Revue du droit public;* Jèze, *Les principes généraux du droit administratif,* 1904, p. 62, et aussi

Artur, *Séparation des pouvoirs et des fonctions*, 1905, p. 119; Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, 1899, qui dit très justement que pour le classement en actes de puissance publique et en actes de gestion le but de l'acte est une circonstance indifférente, mais qui peut-être contredit parfois cette proposition. M. Hauriou prétend que le conseil d'Etat a adopté sa théorie de la gestion administrative dans son arrêt Terrier, 6 février 1903, *Note* sous le dit arrêt, Sirey, 1903, III, p. 23. M. le commissaire du gouvernement Romieu, qui a conclu dans cette affaire, paraît bien avoir adopté, lui, la doctrine de M. Hauriou; mais il n'y a rien dans l'arrêt lui-même d'où l'on puisse inférer que le conseil d'Etat ait suivi de près ou de loin la théorie de la gestion administrative.

La vraie distinction des actes d'autorité et des actes de gestion ne peut être faite qu'au point de vue du caractère interne de l'acte. Il ne faut jamais oublier notre définition de l'acte administratif. C'est un acte juridique, c'est-à-dire une manifestation de volonté faite dans le but de créer une situation de droit subjectif. Or, une pareille manifestation de volonté ne peut se produire que dans deux conditions différentes : elle peut être *unilatérale* ou *contractuelle*. L'acte unilatéral suppose une volonté qui se manifeste sans qu'il y ait aucune relation avec la manifestation d'une autre volonté. Au contraire, lorsqu'il y a contrat, le but déterminant d'une manifestation de volonté est la manifestation d'une autre volonté, de telle sorte qu'alors l'effet de droit résulte de deux manifestations de volonté déterminées l'une par l'autre. Les actes administratifs, actes juridiques, sont naturellement unilatéraux ou contractuels.

Dès lors, nous arrivons aux définitions suivantes : L'acte administratif d'autorité (ou de puissance publique) est un acte administratif produisant un effet de droit par la volonté *unilatérale* de l'agent administratif, qui fait l'acte au nom d'une personne publique. L'acte de gestion est un acte administratif produisant un effet juridique par le concours de deux volontés déterminées l'une par l'autre, dont au moins l'une est la volonté d'un agent administratif agissant au

nom d'une personne publique. Telle est la seule distinction vraiment juridique que l'on puisse faire entre les actes administratifs parce qu'ils sont des actes juridiques et que c'est la seule distinction que l'on puisse faire entre les actes juridiques.

Mais pourquoi a-t-on appelé actes d'autorité (ou de puissance publique) les actes administratifs unilatéraux et actes de gestion les actes administratifs contractuels? Cela s'explique aisément : c'est une conséquence de la conception individualiste, qui a longtemps dominé exclusivement notre législation, notre doctrine et notre jurisprudence et dont l'action est encore d'ailleurs très grande. Sous l'influence de cette conception on a longtemps admis comme un dogme (et quelques auteurs le croient encore) qu'un effet de droit, créant ou modifiant une situation juridique entre deux personnes, ne pouvait être produit que par le concours des volontés de ces deux personnes, qu'en un mot un effet de droit ne pouvait être créé que par un contrat, et lorsqu'en droit privé on voyait un effet de droit naître d'un acte unilatéral, on disait : il y a un quasi-contrat ou une décision toute puissante de la loi. Dès lors, lorsqu'on a étudié théoriquement en France le droit public à la fin du XIXe siècle et qu'on a vu que très fréquemment la volonté unilatérale d'un agent public, agissant au nom d'une personne publique, produisait un effet de droit, sans qu'on pût assimiler de près ou de loin cet acte à un contrat, dominé par le faux dogme du contrat, on a dit : Si en droit public l'effet de droit est souvent produit par un acte de volonté unilatérale, cela tient à la nature propre de la volonté qui se manifeste et qui par sa seule force peut produire un effet de droit, soit parce que les individus qui manifestent cette volonté sont les organes ou les représentants d'une personne collective publique investie d'une puissance commandante, soit parce qu'ils sont investis eux-mêmes d'une compétence spéciale, d'un *imperium*, en vertu duquel ils peuvent créer par

leur seule volonté un effet de droit. D'où naturellement le nom d'actes d'autorité (ou de puissance publique) donné à ces actes administratifs unilatéraux.

Quant à l'expression « actes de gestion » employée pour désigner les actes administratifs contractuels, elle s'explique très facilement parce qu'en fait presque toujours, quand l'administration agit par contrat, c'est pour gérer, au sens général du mot, son patrimoine, c'est-à-dire l'ensemble des richesses affectées à la mission administrative. L'expression actes de gestion n'est point exacte, car très souvent pour gérer son patrimoine, l'administration procède par voie d'acte unilatéral : et, d'autre part, rien ne s'opposerait à ce que, pour faire autre chose que gérer son patrimoine, l'administration procédât par voie d'actes contractuels.

Etant ainsi établi que les actes d'autorité sont des actes unilatéraux et les actes de gestion des actes contractuels, on aperçoit aisément l'intérêt de la distinction entre ces deux catégories d'actes administratifs. On voit d'abord qu'il existe un intérêt théorique considérable à faire la distinction, et lui seul suffirait pour la rendre nécessaire. Quant à l'intérêt pratique, il apparait très net dans les pays comme la France qui ont une juridiction administrative. Les actes d'autorité, précisément parce qu'ils sont unilatéraux, doivent seuls et peuvent seuls donner naissance en principe au contentieux administratif. La raison en apparaîtra mieux plus tard (cf. § 54). Il suffit pour le moment de dire ceci : L'existence du contentieux administratif, sa création par le législateur de l'époque révolutionnaire ont eu essentiellement pour but d'assurer l'indépendance d'action des agents administratifs. Pour atteindre ce résultat, on a voulu empêcher que la volonté de l'agent administratif pût être interprétée, critiquée, contrôlée ou annulée par d'autres agents que les agents de l'ordre administratif et notamment par des agents de l'ordre judiciaire. D'où la créa-

tion du contentieux et de la juridiction administratifs. Mais ce contentieux administratif ne peut avoir que l'étendue déterminée par le but qui a inspiré sa création : éviter un conflit entre la volonté administrative et la volonté judiciaire. Or, ce conflit n'est possible que lorsque la situation de droit qui donne lieu au procès est créée par la volonté seule de l'administration, ou d'une manière plus générale, lorsque la solution de la question soumise au juge implique l'appréciation d'une volonté juridique exclusivement administrative. Il en est ainsi seulement quand il y a eu un acte administratif d'autorité, acte unilatéral, parce qu'alors seulement le juge doit apprécier la volonté juridique de l'administration.

Lorsqu'au contraire il y a un acte de gestion, acte contractuel, la situation de droit objet du procès n'est pas née de la volonté seule de l'administration ; la solution de la question soumise au juge n'implique pas l'appréciation de la volonté seule de l'administration; il n'y a pas de conflit possible entre la volonté administrative et la volonté judiciaire. La situation est née, non pas de la volonté administrative seule, mais du *complexe* des volontés concourantes. Le tribunal judiciaire pourra interpréter, annuler même l'acte de gestion, sans qu'il y ait vraiment conflit entre la volonté judiciaire et la volonté administrative, puisqu'il annule un effet produit, non par la volonté administrative, mais par un concours de volontés auquel la volonté administrative est simplement participante. On comprend en même temps que le législateur ait cru devoir faire parfois exception à cela et établir, même à l'occasion des actes de gestion, la compétence des tribunaux administratifs. Mais la compétence ainsi créée sera exceptionnelle, ne peut être étendue et ne peut être appliquée en dehors d'un texte exprès.

Y a-t-il un criterium général qui permette de dire : dans tel cas l'administration agit par acte d'autorité (acte unilatéral), dans tel

cas, elle agit par acte de gestion (acte contractuel)? Non. Etablir un criterium général pour résoudre cette question ce serait revenir à la doctrine du but. Il faut, dans chaque espèce, procéder à une analyse des circonstances et rechercher si en fait il y a les éléments d'un contrat ou ceux d'un acte unilatéral. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'il y a aujourd'hui, aussi bien dans le droit public que dans le droit privé, une tendance à la décroissance du domaine des actes contractuels et à l'accroissement du domaine des actes unilatéraux, mouvement qui se rattache à ce que nous appelons la *socialisation* du droit, laquelle a elle-même pour cause efficiente la conscience plus nette et plus forte de la solidarité sociale. Cf. Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, 1901, p. 53 et suiv.

Y a-t-il un criterium formel qui permette de reconnaître, dans la pratique, si en fait l'administration a procédé par voie d'acte unilatéral ou par voie de contrat? Evidemment il y en a un. Mais il est éminemment complexe; et il est variable avec chaque espèce qui se présente. Son application demande une analyse minutieuse des conditions dans lesquelles l'administration est intervenue et aussi de la notion que se forment à un moment donné, dans le pays considéré, administration et administrés, pour l'espèce considérée, du mode d'intervention de l'administration.

Cependant de bons auteurs ont dit : Pour savoir si l'acte administratif est unilatéral ou contractuel, il y a un moyen très simple : l'acte est unilatéral quand l'administration peut revenir sur ce qu'elle a fait, modifier, révoquer cet acte, se soustraire même aux obligations qui en résultent pour elles; si au contraire l'administration ne peut pas modifier ou supprimer la situation qui résulte de l'acte, celui-ci est contractuel. On fait l'application de ce criterium pour la nomination des fonctionnaires et pour les concessions sur le domaine public. Certains auteurs ont dit : la preuve que la nomination d'un fonctionnaire est un acte unilatéral, c'est qu'en principe le fonctionnaire est révocable. V. notamment Hauriou, *Droit admin.*, 5ᵉ édit., 1903, p. 557, note 1.

Cette manière de voir est, à notre avis, tout à fait fausse. Elle méconnait une idée féconde, qui est le fondement même du droit, idée d'après laquelle la volonté unilatérale en général et la volonté unilatérale des agents administratifs particulièrement peut créer une situation de droit aussi énergique et produisant les mêmes conséquences que celle résultant d'un contrat. Quand l'administration peut rapporter un acte, modifier ou supprimer la situation de droit qui en était née, c'est tout simplement que cet acte n'a pas fait naître d'obligation à la charge de la personne publique ou n'a fait naître qu'une obligation révocable. Mais la situation, née d'un acte unilatéral, peut lier la personne publique aussi énergiquement que celle née d'un acte contractuel, par exemple, la situation née d'un acte d'expropriation, de réquisition, destruction d'animaux atteints de maladies contagieuses, tous actes qui sont cependant incontesta-

blement des actes unilatéraux. La nomination de fonctionnaires (cf. § 65), la concession sur le domaine public sont, à notre avis, des actes unilatéraux. La raison n'en est point la révocabilité de ces actes, mais simplement le fait que la volonté du fonctionnaire ou du concessionnaire n'intervient que comme condition de l'acte et non comme élément de formation. D'autre part, il y a aujourd'hui dans la jurisprudence une tendance certaine à limiter pour ces deux situations les droits de révocation discrétionnaire de l'administration.

Le criterium proposé est donc inadmissible. Il faut s'en tenir à ce qui a été dit précédemment : examiner avec soin chaque espèce ; déterminer le moment auquel l'acte juridique peut être considéré comme complètement formé, tenir compte des idées juridiques du moment, de l'intention de l'administration et des administrés.

Sur le fondement de la force obligatoire pour l'Etat des contrats faits par lui cf. § 29, nº 2.

C. *La fonction juridictionnelle.*

44. Complexité de la fonction juridictionnelle. — Nous disons fonction *juridictionnelle* et non pas fonction *judiciaire*, bien que cette dernière expression soit plus communément employée. Mais à notre avis elle prête à confusion ; il faut réserver le mot *judiciaire* pour désigner une certaine autorité, qui, en France et dans beaucoup de pays modernes, est distincte de l'autorité administrative, et la fonction judiciaire serait la fonction exercée par l'autorité judiciaire, c'est-à-dire une fonction définie au point de vue formel. Sans doute l'autorité judiciaire exerce surtout la fonction juridictionnelle, mais elle n'exerce pas toute la fonction juridictionnelle, et en France l'autorité administrative fait beaucoup d'actes juridictionnels. D'autre part l'autorité judiciaire fait beaucoup d'actes qui de leur nature sont des actes administratifs. C'est donc la fonction juridictionnelle et non la fonction judiciaire, dont il nous faut déterminer le caractère, en nous plaçant exclusivement au point de vue matériel, c'est-à-dire en faisant complètement abstraction du caractère des organes, des agents, des autorités qui

exercent cette fonction. Les difficultés qui se sont élevées sur ce point tiennent d'une part à ce que, encore ici, on a souvent confondu le point de vue formel et le point de vue matériel, et peut-être aussi à ce que la fonction juridictionnelle présente un caractère de complexité qui n'existe pas au même degré dans les deux autres fonctions de l'Etat. C'est ce caractère de complexité qui explique d'ailleurs pourquoi la fonction juridictionnelle ne s'est dégagée qu'assez tard de la fonction administrative, et comment encore sur beaucoup de points la ligne séparative des deux fonctions est assez indécise.

C'est aussi dans l'exercice de la fonction juridictionnelle qu'apparaissent surtout les conséquences de la conception moderne de l'Etat de droit; car c'est en vertu de cette conception que, d'une part, nous affirmons que lorsqu'un particulier s'adresse à lui, l'Etat est obligé d'intervenir; que, d'autre part, l'Etat juge est rigoureusement lié par la loi qu'il a faite et enfin que l'Etat est lié par la décision juridictionnelle qu'il rend comme juge (cf. § 95).

Dans notre volume intitulé *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* (1901), nous avons exposé une conception de la fonction juridictionnelle, de laquelle nous nous demandons aujourd'hui si elle répond bien à la réalité et si elle n'est pas trop étroite. Nous disions (p. 416) : « Un acte de juridiction est l'acte par lequel les gouvernants constatent l'existence d'une situation juridique subjective, déclarent vouloir qu'elle se réalise et annoncent que, s'il y a lieu, la contrainte matérielle dont ils disposent sera employée pour en assurer par la force, directement ou indirectement, la réalisation. Ici la volonté gouvernante n'apparait point comme créatrice d'une situation juridique subjective nouvelle; cette situation juridique existe déjà; les gouvernants la constatent et déclarent vouloir qu'elle se réalise ». En un mot, nous admettions que la fonction juridictionnelle n'intervient que sur une question de droit subjectif et que le juge constate l'existence ou la non-existence d'un droit subjectif, mais ne crée jamais une situation nouvelle. Comme de tous temps il y a eu une juridiction dite répressive où le juge constate la violation, non pas d'un droit subjectif, mais de la loi, et crée une situation nouvelle en condamnant l'accusé, nous disions : Il y a là un acte juridictionnel au point de vue formel, mais non au point de vue matériel. Comme aussi dans beaucoup de législations

modernes et particulièrement en France, certaines juridictions (en France le conseil d'Etat) peuvent être saisies de recours (par exemple le recours pour excès de pouvoir) par lesquels le requérant n'invoque point un droit subjectif, mais soutient seulement que la loi, le droit objectif, a été violée : comme le juge saisi d'un pareil recours ne résout qu'une question de droit objectif et, s'il reconnaît que la loi a été violée, annule la situation juridique qui a été créée, nous disions encore : il y a là un acte juridictionnel en la forme, mais non au point de vue matériel. Ç'a été, disions-nous, un progrès du droit moderne de soumettre les questions de droit objectif à des autorités organisées en la forme de juridiction, avec toutes les garanties des formes juridictionnelles, mais la décision qui intervient n'a du jugement que la forme ; au fond, c'est un acte administratif.

Sans aller peut-être aussi loin, divers auteurs autorisés enseignent que la fonction juridictionnelle n'intervient véritablement que lorsqu'il y a une question de droit subjectif en jeu, que le juge ne statue jamais que sur l'existence ou l'étendue d'un droit subjectif. M. Jacquelin, voulant déterminer les éléments du contentieux administratif, écrit : « Les éléments de ce contentieux sont : 1° un litige né de la violation d'un droit subjectif ; 2° une autorité publique qui dise le droit à l'occasion de ce litige ; 3° une violation du droit provenant d'un acte administratif. Si nous négligeons les deux derniers éléments qui sont spéciaux au contentieux administratif, il apparaît bien que, dans la pensée de M. Jacquelin, pour qu'il y ait lieu à l'exercice de la fonction juridictionnelle, il faut essentiellement qu'il y ait un litige né à l'occasion d'un droit subjectif (Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*, p. 191).

Telle est aussi certainement la pensée de M. Artur. Au début de son livre *La séparation des pouvoirs et la séparation des fonctions*, M. Artur écrit : « Juger, c'est dire le droit à l'effet d'en assurer le respect, quand il y a lieu de le faire, c'est-à-dire quand il est violé ou contesté » (p. 13). Il semble que, par cette formule générale, M. Artur ait en vue la violation du droit subjectif et celle du droit objectif. Mais la suite de son écrit démontre à l'évidence que dans sa pensée il n'y a fonction juridictionnelle que lorsque l'autorité statue sur une question de droit subjectif. Il ajoute en effet : « Cette nécessité de dire le droit en vue de le faire respecter se présente quand le droit de la société est violé par des crimes..., quand le droit d'un particulier est violé par un autre particulier ou par un acte de puissance publique » (p. 13). Il s'agit bien là exclusivement d'un droit subjectif. Quand l'auteur s'est trouvé en présence du recours pour excès de pouvoir, qui est certainement l'exemple type où le juge ne doit prononcer que sur une question de droit objectif, de légalité violée, il s'est attaché à démontrer que même là il n'y avait qu'une question de droit subjectif en jeu. Sans doute, il dit bien

que « pour qu'un recours soit contentieux, si d'ailleurs les autres conditions sont remplies, il suffirait d'une violation du droit objectif » (p. 306, note 2). Mais en même temps, il consacre quatre-vingt-huit pages de son travail (p. 305 et suiv.), illustrées par des citations innombrables d'arrêts, à tenter d'établir que dans les recours pour excès de pouvoir, le demandeur invoque toujours un droit subjectif violé. Mais M. Hauriou lui fait observer avec infiniment de sens que ces laborieuses recherches ont été vaines, « qu'il n'a rien prouvé s'il n'a pas démontré que dans toutes les hypothèses *absolument* le réclamant s'appuie sur un droit, et que la proposition est fausse si on lui cite un seul cas où il n'y ait très évidemment en cause qu'un intérêt lésé » (Hauriou, *Les éléments du contentieux*, 1905, p. 36).

Dans la brochure qu'on vient de citer, M. Hauriou veut établir qu'on doit se former du contentieux une notion beaucoup plus large que celle généralement admise, que la nature juridique du contentieux doit être déterminée d'après les éléments sociaux qui le constituent, que ces éléments sont au nombre de trois : une contestation; l'acceptation par les parties de l'instance destinée à régler pacifiquement la contestation; et un juge public devant lequel se déroule l'instance (p. 13). M. Hauriou a tout à fait raison, quand il montre que les auteurs se trompent qui soutiennent qu'il n'y a contentieux que lorsque se pose une question de droit subjectif et quand il déclare qu'il peut y avoir une contestation portant sur autre chose que la violation d'un droit subjectif. Mais il nous paraît qu'il n'a point résolu la question surtout importante, celle de savoir quelle est la nature matérielle au point de vue juridique de l'acte juridictionnel. Il semble bien que dans la pensée de l'auteur il n'y a juridiction que là où il y a contentieux. Il écrit en effet à la page 41 : « Une contestation appelle un juge, quel que soit son objet antérieur, par cela seul qu'elle est portée à un certain degré d'acuité et qu'elle est susceptible de dégénérer en voie de fait ». Il n'y aurait donc lieu à juger que là où il y a contestation, quel que soit d'ailleurs l'objet de la contestation. M. Hauriou insiste beaucoup pour montrer ce qu'est un contentieux; il fait intervenir force éléments historiques et sociologiques pour une définition qui, nous semble-t-il, n'offre aucune difficulté. Il est de toute évidence qu'il y a contentieux lorsqu'il y a deux affirmations contraires sur un point de droit objectif ou subjectif. Et M. Hauriou ne dit pas autre chose. Malgré tout, M. Hauriou a eu le grand mérite de démontrer l'étroitesse de la conception qu'on se forme habituellement, que nous-même nous nous étions formée, de la fonction juridictionnelle. Il a eu le tort de parler du contentieux seulement. En fait et rationnellement l'autorité peut juger sans qu'il y ait litige et elle juge sur le droit objectif comme sur le droit subjectif.

Sur la fonction juridictionnelle, cons. aussi Laband, *Droit public*, édit. franç., II, 1903, p. 149 et suiv.; Pagenstecher, *Zur Lehre von*

der materiellen Rechtskraft, 1905; Fernek, *Die Rechtswidrigkeit*, 2 vol., 1903-1905; Kremer, *Zur konstruction des zivilprozess, Zeitschrift de Grünhut*, 1906, p. 289.

Qu'est-ce que donc que juger? Est-ce résoudre un litige? Non pas nécessairement. Juger, c'est constater soit l'existence d'une règle de droit, soit l'existence d'une situation de droit. L'Etat est amené à faire cette constatation lorsque la règle de droit a été violée, ou lorsque la situation juridique est méconnue dans son existence ou son étendue. La constatation étant faite, l'Etat ordonne une certaine chose sous la sanction de la contrainte. Ce qui caractérise essentiellement la fonction de juger, c'est que l'Etat est lui-même lié par la constatation du droit subjectif ou du droit objectif et que la décision qu'il rend doit être la conclusion *syllogistique* de la constatation qu'il a faite. Toute décision juridictionnelle est un syllogisme : la majeure est le rappel de la règle de droit; la mineure est la constatation soit d'un acte ou d'un fait contraire à cette règle soit d'une situation de droit née conformément à cette règle, et la conclusion est une décision qui est la conséquence nécessaire et logique de la constatation.

Le juge peut avoir un pouvoir très grand d'appréciation, relativement au droit objectif ou au droit subjectif et aux conséquences qui en résultent, relativement aux faits qui lui sont soumis; deux juges peuvent même, dans des espèces identiques, donner des solutions différentes. Mais si le juge procède régulièrement, il ne peut pas résoudre le même cas différemment suivant son bon plaisir; il ne fait pas acte de volonté à proprement parler; il ne peut pas mettre sa volonté à la place de l'opération logique, qui est dominée par une mineure et une majeure, suivant les lois de la pensée humaine. Le juge constate le droit et en tire la conclusion logique. Mais cette conclusion est une décision qui produit un effet de droit qu'il faudra déterminer; et c'est par cette décision que la

fonction juridictionnelle est une fonction juridique de l'Etat.

Cette notion générale de la fonction de juger fait apparaître son caractère essentiel : prendre une décision qui est la conséquence logique et nécessaire de la constatation du droit subjectif ou du droit objectif. On voit aussi que la fonction de juger, tout en restant toujours la fonction juridictionnelle, s'exerce dans deux hypothèses différentes. D'abord elle intervient au cas où une question se pose sur l'existence ou l'étendue d'une situation de droit subjectif (nous ne disons pas une *contestation*); le juge constate, d'après les éléments de droit et de fait, l'existence ou la non existence de cette situation; s'il en reconnaît l'existence, il en détermine l'étendue et prend une décision, conséquence logique de sa constatation, et ordonnant de réaliser la situation sous la sanction directe ou indirecte de la contrainte. Nous disons, dans cette première hypothèse, qu'il y a *juridiction subjective.*

La fonction juridictionnelle intervient en second lieu lorsque la question se pose de savoir si le droit objectif, la loi, a été ou non violé, soit par un acte public ou privé fait dans le but de créer une situation de droit, soit par un fait non juridique; si l'autorité constate qu'il y a eu violation, elle en tire logiquement la conséquence; elle prend une décision qui, suivant les cas, est une annulation, une réparation ou une répression et dont l'exécution sera encore garantie par l'emploi de la contrainte s'il y a lieu. Nous disons, dans cette seconde hypothèse, qu'il y a *juridiction objective.*

45. De la juridiction subjective. — C'est incontestablement sous cette forme qu'a d'abord apparu la fonction juridictionnelle dans l'histoire des fonctions de l'Etat. La législation romaine, qui la première a nettement dégagé la fonction de juger, la *jurisdictio*, et l'a distinguée de l'*imperium*, tout en la confiant en général aux mêmes magistrats, n'a certainement vu

dans la *jurisdictio* que la fonction consistant à reconnaître l'existence d'un droit subjectif et à prononcer une condamnation, conséquence de la reconnaissance de ce droit.

Cela se comprend facilement si l'on se rappelle que le droit romain reposait essentiellement sur une conception individualiste. La rigidité de la fonction juridictionnelle apparaît d'abord dans la procédure des *actions de la loi*, dont le type, le *sacramentum*, simule encore la lutte de deux parties qui prétendent à des droits contradictoires. Le rôle du juge est, pendant la période formulaire, étroitement délimité dans la *formule* qui charge le juge d'examiner si la situation de droit existe, de condamner s'il reconnaît qu'elle existe, d'absoudre dans le cas contraire. Même la juridiction criminelle apparaît à Rome et encore pendant longtemps en Europe, jusqu'au triomphe de la procédure inquisitoire du droit canonique, comme la fonction qui consiste à décider si le droit subjectif de la victime de l'infraction a en effet été violé, et à condamner l'auteur de cette violation du droit subjectif à une réparation ou à une répression.

Aujourd'hui, c'est encore sous cette forme qu'apparaît le plus habituellement la fonction juridictionnelle, quoique son domaine décroisse au profit de la fonction juridictionnelle objective. Les législations modernes, et particulièrement la française, se sont, sous l'influence du droit romain, imprégnées d'individualisme. Voilà pourquoi beaucoup de jurisconsultes ne voient dans la fonction juridictionnelle que la constatation d'un droit subjectif.

Ils semblent même croire qu'il n'y a fonction juridictionnelle que lorsqu'il y a litige, c'est-à-dire lorsqu'il y a deux affirmations contradictoires sur l'existence ou l'étendue d'un droit subjectif. Le plus souvent il en est ainsi, parce que c'est précisément lorsqu'il y a contestation que se fait sentir le besoin de l'intervention de l'Etat, qui constatera l'existence ou l'inexistence de ce droit. Mais, rationnellement, il peut exister et, en fait, il existe des cas où véritablement il y a acte juridictionnel et où cependant il n'y a pas de procès. On peut citer tous les jugements qu'on appelle, dans la pratique, *jugements d'expédient* ou de *convenu;* les parties reconnaissent une situa-

tion juridique à la suite en général d'une transaction ; et pour donner force exécutoire et force authentique à l'acte qui constate cette convention, elles prennent un jugement. Il y a acte de juridiction et cependant il n'y a pas de procès. Nous nous demandons même si le rôle du notaire, qui consiste en droit français à constater les conventions des parties, à les rédiger par écrit et à donner à l'acte une certaine force exécutoire, n'est pas un acte de la fonction juridictionnelle. Ne doit-on pas aussi considérer comme jugements rendus en dehors d'un vrai litige tous les jugements rendus par défaut ?

M. Hauriou indique comme élément social du contentieux l'acceptation de l'instance par les parties et il semble bien que, dans sa pensée, il n'y a juridiction que là où il y a contentieux. Mais il n'explique point les jugements par défaut. D'autre part, se plaçant au point de vue du droit administratif français, il est très embarrassé pour expliquer l'interprétation juridictionnelle non contentieuse que les ministres, suivant une pratique constante, demandent au conseil d'Etat, lorsqu'une difficulté est pendante devant eux. M. Hauriou affirme qu'il y a contentieux (p. 27) ; mais, d'après tout le long et intéressant développement qui commence à la p. 46 et qui va jusqu'à la fin, il n'y a contentieux que lorsque le ministre par sa décision a accepté l'instance ; or quand il demande une interprétation juridictionnelle au conseil d'Etat, il n'y a pas encore décision prise par le ministre, puisque c'est pour prendre sa décision qu'il la demande ; il ne peut donc y avoir contentieux, et avec la théorie de M. Hauriou il ne peut pas y avoir acte de juridiction (Hauriou, *Les éléments du contentieux*, 1905).

L'Etat, dans l'exercice de la juridiction subjective, n'intervient pas habituellement spontanément. C'est une différence notable avec la fonction administrative où l'Etat, au contraire, intervient habituellement spontanément. La différence est d'ailleurs très logique : par la fonction administrative, l'Etat fait des actes juridiques et il doit être libre d'apprécier quels actes il doit faire. Par la fonction juridictionnelle, l'Etat constate l'existence d'un droit subjectif ; il n'intervient en principe que lorsque le titulaire du droit subjectif lui en adresse la demande. Mais il ne peut pas refuser d'intervenir. D'ailleurs, il peut exister et

il existe des cas où l'Etat juge intervient spontanément : ce sont des cas où la garantie du droit subjectif intéresse non seulement le titulaire du droit, mais la collectivité tout entière, et ceux où le titulaire du droit se trouve dans l'impossibilité de le faire valoir.

Nous ne disons pas que l'autorité judiciaire n'intervient pas spontanément, et que l'autorité administrative intervient spontanément. Cela se rapporterait au point de vue formel et nous n'entendons nous placer qu'au point de vue matériel. Si l'autorité judiciaire habituellement n'intervient pas spontanément, c'est qu'habituellement elle fait des actes juridictionnels ; et l'autorité administrative, dans les cas nombreux où elle fait des actes de juridiction, n'intervient pas non plus spontanément en principe.

L'Etat juge doit appliquer la loi en vigueur au moment où s'est produit l'acte qui a donné naissance au droit subjectif invoqué en justice. Le jugement ne fait que constater l'existence du droit, et par suite le juge doit statuer d'après la loi en vigueur au moment où le droit est né, et non d'après celle en vigueur au moment où il statue. C'est toute la règle de la *non-rétroactivité* des lois. Un acte juridique doit toujours être régi, quant à ses conditions de forme et de fond, quant à ses effets, par la loi en vigueur au moment où a eu lieu la manifestation de volonté qui le constitue.

Comme le dit très justement M. Planiol, on pourrait très logiquement, à côté de la règle : « *Locus regit actum* », formuler celle-ci : « *Tempus regit actum* ». Il faut complètement rejeter la distinction souvent faite, mais qui ne répond à rien des droits acquis et des simples expectatives. Cf. Planiol, *Droit civil*, I, n° 221 et suiv. ; de Vareilles-Sommières, *Revue critique*, 1893, p. 444 et 492.

Le juge, ayant constaté l'existence d'un droit subjectif, ne peut jamais revenir sur sa décision parce qu'il constate une situation qu'il ne crée pas et qui est indépendante de lui. De même sa décision s'impose à tous, s'impose à l'Etat, parce qu'elle est la reconnaissance d'un droit subjectif. La question de savoir pourquoi la décision juridictionnelle s'impose à l'Etat,

se ramène à la question de savoir pourquoi et comment les droits subjectifs des personnalités distinctes de l'Etat s'imposent au respect de celui-ci.

La décision juridictionnelle, qui est simplement la reconnaissance du droit subjectif, aura exactement l'étendue du droit subjectif qu'elle constate. C'est la règle de l'autorité de la chose jugée, formulée à l'art. 1351 du code civil, règle à laquelle bien souvent on a rattaché des conséquences exagérées. Elle se réduit à ceci : la décision du juge aura la même portée, ni plus ni moins, que le droit subjectif dont elle constate l'existence et l'étendue. La formule : « Les jugements ne créent pas de droits, mais les constatent », exprime exactement la même idée.

Si le droit invoqué est un droit pécuniaire, le juge prononce une condamnation, soit qu'il fixe la somme d'argent qui doit être payée, soit qu'il ordonne une restitution, soit qu'il ordonne l'accomplissement d'une prestation, avec une astreinte. Quel est le caractère de cette condamnation ? Le juge ne crée-t-il pas alors une situation nouvelle. La condamnation n'est-elle pas en réalité un acte administratif, qui vient se superposer à l'acte juridictionnel ? Nous ne serions pas éloigné de le croire. Il y a longtemps qu'on a parlé de la novation qui se produit par l'effet de la condamnation. Le droit du bénéficiaire du jugement n'a plus pour cause l'acte juridique antérieur, mais la décision intervenue. Une situation nouvelle est créée, quelquefois un droit nouveau est créé, qui vient s'ajouter au droit antérieur, par exemple une condamnation accessoire à des dommages-intérêts, aux frais du procès. Très souvent le droit du bénéficiaire du jugement est plus énergiquement protégé, parce qu'il a des voies d'exécution qu'il n'avait pas avant le jugement, et qu'en droit français et dans beaucoup de législations modernes il a une garantie spéciale, l'hypothèque judiciaire (C. civil, art. 2123). A tous ces effets, nous reconnaissons bien l'acte administratif proprement

dit, c'est-à-dire l'acte émanant de l'Etat et faisant naître une situation de droit subjectif, à laquelle il est partie, puisque naît pour lui du jugement l'obligation de mettre en mouvement la force matérielle pour en assurer l'exécution.

Cependant nous ne croyons pas qu'il faille séparer les deux éléments que nous venons de constater : la décision qui est la constatation du droit subjectif, et la condamnation qui est la conséquence logique de cette constatation, et qui à certains égards crée une situation juridique nouvelle. Les deux éléments sont indivisibles, et leur union forme le propre de la fonction juridictionnelle. La condamnation ne peut pas être séparée de la constatation du droit et être considérée comme un acte administratif autonome. L'Etat n'intervient pas pour créer une situation de droit nouvelle ; il intervient pour constater un droit subjectif préexistant, et, parce qu'il l'a constaté, pour en assurer la réalisation. Par la fonction administrative, il fait naître un droit nouveau soit spontanément, soit sur la demande d'un intéressé ; mais jamais il ne constate l'existence d'un droit subjectif antérieur. C'est pour cela que bien qu'il y ait quelque chose d'administratif dans la fonction juridictionnelle, elle est bien une fonction spécifiquement distincte de la fonction administrative.

Le droit déduit en justice est souvent un droit non pécuniaire ; c'est la demande de reconnaissance d'une certaine qualité, d'un état, par exemple de la qualité d'électeur, de l'état de Français, de l'état d'homme marié, d'enfant légitime de telle personne. En pareil cas, le juge ne prononce point de condamnation ; il constate cette qualité, cet état, et le titulaire de ce droit, armé de son jugement, peut le faire reconnaître par toute personne publique ou privée. Ces droits dérivent directement de la loi et ont, par cela même, un caractère de permanence et de généralité qui va se traduire dans le jugement qui les constate. L'état

d'une personne résulte de la loi elle-même ; et l'application d'une loi sur l'état des personnes à un individu déterminé, est subordonnée à l'existence de tel fait. De sorte qu'en réalité, les jugements qui constatent un certain état appartenant à une personne déterminée, constatent l'existence de faits auxquels est subordonnée l'application, à cette personne, de la loi sur l'état des personnes, par exemple de la loi sur la nationalité, sur l'électorat, sur la légitimité, sur le mariage, le divorce, la faillite, etc.

Par là, on voit apparaitre la solution d'une question qui, en réalité, n'en est pas une et que cependant les civilistes discutent depuis des siècles. Les jugements rendus sur des questions d'état ont-ils une autorité purement relative ou une autorité absolue? La réponse est celle-ci : la portée du jugement sur une question d'état est exactement la même que celle du droit qu'il constate. Ou plus exactement le jugement constate alors l'existence de faits auxquels est subordonnée l'application de la loi sur l'état d'une personne et c'est cette loi sur l'état d'une personne qui s'applique et qui comme toute loi a une portée générale. On peut préférer dire que l'état des personnes est une sorte de droit réel, opposable à tous et que le jugement qui le constate et le garantit sera, comme le droit lui-même, opposable à tous.

Nous avons appelé *pouvoirs objectifs* les pouvoirs qui dérivent pour une personne directement de la loi, voulant montrer par là qu'ils sont la conséquence immédiate de l'application de la loi à une personne déterminée. V. notre livre *L'Etat, le droit objectif et la loi positive,* p. 140. Cette expression a l'avantage de distinguer les pouvoirs qui, résultant pour un individu de la loi, à titre permanent, ont comme elle une portée générale, peuvent être opposés à tous et suivent les transformations de la loi, et d'autre part les droits vraiment subjectifs, qui naissent d'un acte juridique déterminé, sont véritablement individuels, temporaires et disparaissent lorsque le but poursuivi dans l'acte juridique qui les a fait naitre a été atteint. Avec cette conception, les jugements qui constatent l'état des personnes se rattachent véritablement à la juridiction objective, dont il va être parlé au § suivant et leur portée générale alors se comprend d'elle-même. Nous en dirons autant de tous les jugements statuant sur des questions de propriété ; la propriété étant bien plutôt un pouvoir objectif qu'un droit subjectif. C'est évidemment la solution vers laquelle tendent les législations modernes ; elles n'y sont pas encore complètement arrivées. La conception individualiste occupe encore une grande place dans les esprits et dans les lois.

46. De la juridiction objective. — La seule question qui se pose ici est une question de droit objectif. La loi a-t-elle été violée ou non? La décision de l'Etat juge est encore une décision qui doit être la conséquence logique de la loi; elle se ramène exactement à un syllogisme se résumant ainsi : la loi décide telle chose; telle chose contraire a été faite, donc, etc... Il faut distinguer les diverses hypothèses dans lesquelles intervient la juridiction objective.

Juridiction répressive. — La juridiction pénale est devenue aujourd'hui une juridiction objective. Pendant longtemps, tant que le système de la procédure accusatoire prévalut, elle fonctionnait comme une juridiction subjective, puisque c'était la victime de l'infraction qui faisait le procès pénal, revendiquant son droit à une répression ou à une réparation. Il en est encore dans les législations modernes resté quelques traces, par exemple, en France, le droit de citation directe en matière correctionnelle, reconnu d'une manière générale par l'art. 182 du code d'instruction criminelle et existant dans des conditions particulières pour certains délits, comme le délit de diffamation. Le droit de la partie civile en matière criminelle peut être considéré aussi comme un dernier reste du système accusatoire. Mais, sauf ces quelques survivances du passé, la juridiction pénale s'est *socialisée* et *objectivée*. La question qui se pose en matière pénale n'est point de savoir si telle ou telle personne a droit à ce qu'une répression soit prononcée, mais seulement de savoir si la loi a été violée ou non. M. Artur parle bien « du droit de la société qui a été violé par des crimes, délits ou contraventions... » (*loc. cit.*, p. 13). Or, dans sa pensée, il s'agit là d'un droit subjectif. Ce droit subjectif de la société à ce qu'il n'y ait pas d'infraction est imaginaire. La société n'est une personne juridique et ne peut l'être qu'autant qu'elle est organisée en Etat; il faudrait donc dire que l'Etat a un droit subjectif à ce qu'il n'y ait

pas d'infraction commise. Conception tout au moins bizarre. La puissance publique étant conçue comme un droit, l'Etat a le droit de faire des lois prohibant et punissant certains faits et de juger si la loi a été violée par l'accomplissement du fait prohibé. La seule question sur laquelle il y ait à statuer, c'est celle de savoir s'il y a eu ou non violation de la loi ; et c'est une pure question de droit objectif.

Comme le fait observer Binding (*Die Normen und ihre Vertretung*, I. p. 12 et 66), si l'Etat avait un droit subjectif à la répression, l'infracteur se trouverait débiteur de la peine vis-à-vis de l'Etat au moment même où il a commis l'infraction. Or il n'en est certainement pas ainsi puisque le délinquant peut se soustraire à la peine dont il est menacé, avant qu'elle soit prononcée contre lui, sans porter atteinte à une situation de droit quelconque. Si l'infracteur était débiteur de la peine vis-à-vis de la société, on ne pourrait pas expliquer comment il est présumé innocent jusqu'à ce qu'il soit condamné.

Lorsque le tribunal répressif constate qu'il y a eu violation de la loi par un fait puni d'une peine, elle prononce cette peine. La décision n'est pas alors la constatation d'un droit subjectif antérieur et l'injonction au sujet passif d'accomplir la prestation qu'il implique ; la décision portant la condamnation pénale est la création d'une situation juridique entièrement nouvelle. C'est à partir de ce moment que le délinquant cesse d'être prévenu ou accusé pour devenir condamné ou débiteur de la peine. On touche ainsi du doigt la différence capitale qui existe entre l'acte de juridiction subjective et l'acte de juridiction pénale, acte de juridiction objective.

Mais, dira-t-on, une pareille décision, créant une situation juridique entièrement nouvelle, est un acte administratif et non un acte juridictionnel ; c'est un acte juridictionnel en la forme, mais c'est un acte administratif au point de vue matériel. C'est la solution que nous avons donnée nous-même (cf. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 420). Nous croyons que nous étions dans l'erreur. La juridiction pénale, conçue comme la mise en œuvre du droit subjectif de

la victime, était bien juridiction au sens matériel : elle l'est restée depuis qu'elle est le jugement de la violation de la loi, qu'elle est juridiction objective. La condamnation n'est pas un acte administratif proprement dit parce qu'elle est la conséquence forcée, logique, de la règle de droit. La condamnation pénale apparaît encore comme la conclusion d'un syllogisme dont la majeure est la disposition de la loi, la mineure, la constatation du fait constituant l'infraction, et la conclusion, les termes de la condamnation. Il n'y a pas là véritablement un acte administratif parce qu'il n'y a pas une manifestation de volonté de l'Etat faite dans le but exclusif de créer une situation de droit nouvelle, mais une manifestation de volonté rendue *logiquement* nécessaire par la constatation de l'infraction faite à la loi.

Cela cadre parfaitement avec les dispositions de l'art. 8 de la Déclaration des droits de 1789 et de l'art. 4 du code pénal : « Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis ». En effet, si au moment où le fait a été commis il n'était pas prévu et puni par la loi pénale, le tribunal peut bien constater que le fait a eu lieu, mais non pas qu'il a été une violation de la loi ; la majeure du syllogisme fait défaut, et il ne peut pas condamner.

Enfin la condamnation pénale a évidemment une portée plus générale que celle rendue sur l'existence d'un droit subjectif pécuniaire. La théorie ordinaire de la relativité de la chose jugée ne peut pas s'appliquer. Il naît à la suite de la condamnation un état (un *status*), une situation objective, bien plutôt qu'une situation subjective proprement dite, une situation qui s'impose au respect de tous.

Juridiction réparative. — Bien que cette expression ne soit pas encore passée dans l'usage, nous l'employons, parce qu'elle nous paraît commode et exacte, pour désigner la fonction juridictionnelle intervenant

au cas où il y a un acte ou un fait non juridique violant la loi, mais ne constituant pas une infraction. Le principe général prohibant, quoique ne constituant pas une infraction, tout acte commis sans droit et causant un préjudice à autrui est toujours celui inscrit à l'art. 1382 du code civil. Nous n'avons pas naturellement à indiquer ici la portée de l'art. 1382 d'après la doctrine et la jurisprudence actuelles, ni à déterminer les éléments de la théorie de l'abus du droit, ni davantage à rechercher s'il peut y avoir une responsabilité sans faute fondée sur le risque, une responsabilité objective. Supposons seulement un acte ne constituant pas une infraction, mais prohibé par la loi, un fait, un état de choses contraire à la loi, et étant d'après le droit moderne (par exemple L. 9 avril 1898) la source d'une responsabilité. La question est portée devant un tribunal : c'est une pure question de droit objectif. D'un fait contraire au droit, d'un acte qui n'est pas fait dans l'intention de créer un droit, n'a pu naître un droit subjectif au profit de l'individu victime du préjudice. Celui-ci, en s'adressant aux tribunaux, n'invoque pas un droit subjectif, qu'il n'a pas, ne peut pas avoir; il soutient seulement que la loi a été violée, et il demande que la juridiction tire la conséquence logique de la constatation de la violation de la loi : cette conséquence est une réparation. Le juge, en ordonnant une réparation, exerce une juridiction objective; il crée une situation de droit nouvelle; son acte n'est pas un acte administratif, parce que, comme la condamnation pénale, il n'est que la conséquence logique et forcée de la constatation que la loi a été violée.

On sait que souvent le même fait peut donner naissance à une répression et à une réparation prononcées l'une et l'autre par la même juridiction ou par deux juridictions distinctes. Dans les deux cas, tout ce que l'on vient de dire reste vrai.

Juridiction de l'annulation. — On suppose mainte-

nant que l'acte qui est une violation de la loi a été fait dans le but de créer une situation de droit, est un acte juridique. La conséquence de cette violation de la loi est alors l'annulation de l'acte. La juridiction saisie ne doit juger qu'une question de droit objectif ; elle ne statue pas sur l'existence d'un droit subjectif; elle constate qu'il y a eu violation de la loi et elle tire la conséquence *logique* de cette violation qui ne peut être que l'annulation ; elle ne prononce pas de condamnation ; elle ne doit point adresser à un sujet passif qui n'existe pas l'injonction d'exécuter ; elle doit seulement prononcer l'annulation de l'acte fait en violation de la loi. Le contentieux de l'annulation est essentiellement un contentieux objectif.

Mais le contentieux objectif de l'annulation ne s'est complètement dégagé du contentieux subjectif que devant les tribunaux administratifs. Devant les tribunaux judiciaires, qui en France ne jugent en principe que des questions de droit privé, la conception individualiste est encore trop fortement ancrée dans les esprits pour que leur jurisprudence ait pu se soustraire à son influence ; et cela explique comment, dans les affaires d'annulation portées devant les tribunaux judiciaires, la question de droit objectif reste toujours plus ou moins mélangée à une question de droit subjectif.

Supposé un acte privé fait en violation de la loi, théoriquement le jugement qui intervient et prononce l'annulation ne statue que sur une question de droit objectif. Cependant la détermination précise du rôle du juge en pareil cas dépendra d'une théorie exacte des nullités en droit civil, théorie qui n'est point encore faite. Il est d'usage cependant de distinguer les nullités relatives et les nullités absolues. Il ne paraît pas douteux que dans l'hypothèse d'une nullité relative, l'acte ayant toute sa valeur jusqu'au moment où le juge en aura prononcé la nullité, le demandeur invoque bien plutôt la disposition de la loi qu'un droit

subjectif qui n'existe pas et le juge ne se borne pas à constater un droit, mais prononce une annulation comme conséquence de la violation de la loi. Il y a vraiment juridiction objective. Nous sommes tenté de donner la même solution au cas de nullité absolue, bien qu'on puisse soutenir qu'alors l'annulation ne résulte pas de la décision du juge, mais de la décision de la loi elle-même et que le plaideur invoque alors le droit subjectif à la constatation de cette nullité. Il ne nous est pas possible d'insister sur ces questions. Il suffit de signaler les difficultés et d'indiquer qu'il y a là un point complètement inexploré encore du droit public dans ses rapports avec le droit privé. L'intérêt de la question est surtout relatif à la portée de la sentence juridictionnelle portant annulation.

Dans l'organisation française, l'annulation comme telle des actes judiciaires est prononcée par la cour de cassation et prend le nom de *cassation*. Sans doute les juridictions d'appel prononcent souvent l'annulation des décisions prises par le juge du premier ressort, mais elles statuent à la suite du recours en appel, qui ne tend pas à soumettre au juge d'appel la seule question de légalité de la décision, mais le procès tout entier. Devant la cour de cassation, au contraire, la question de légalité de l'acte judiciaire se pose seule, sans mélange avec aucune autre question et il semble, dès lors, que le caractère objectif de la juridiction de cassation aurait dû être déterminé, d'une manière précise, par la doctrine et par la jurisprudence. Il n'en est rien, tant est grande et persistante l'influence de la conception individualiste.

La détermination du caractère exact de la juridiction de cassation demanderait une distinction précise des cas de cassation. La cassation des décisions judiciaires peut intervenir d'abord pour atteinte à la propriété, à la liberté, au respect des contrats. On comprend que dans cette première hypothèse la juridiction de cassation ait conservé un caractère subjectif. En effet, le droit de propriété est encore conçu, dans le droit positif français, avant tout comme un droit subjectif; il en est de même du droit au respect des contrats qui se rattache directement au droit de propriété, et aussi de la liberté qui, en tant qu'elle est socialement garantie, est considérée, avec toutes ses conséquences, comme un droit subjectif de l'individu. Par suite, lorsqu'un particulier forme un pourvoi en cassation contre une décision judiciaire fondé sur ce que cette décision porte atteinte à un droit de propriété, à un contrat, à la liberté individuelle, c'est un droit subjectif qu'il invoque; et on peut dire que la

cour de cassation statue véritablement sur une question de droit subjectif et non sur une question de légalité objective. Le caractère qu'a la juridiction de cassation dans ce premier cas ira naturellement en s'affaiblissant à mesure que la notion de propriété et de liberté, conçues comme droits subjectifs, disparaitra elle-même. Cf. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents,* 1903, p. 524.

La cassation pour excès de pouvoir (le tribunal a fait une chose qu'il n'est pas dans le pouvoir des tribunaux judiciaires de faire), pour incompétence (le tribunal a fait une chose qu'il n'était pas dans son pouvoir de faire), pour vice de forme, nous paraît au contraire au premier chef un acte de juridiction objective, au même titre que la décision du conseil d'Etat rendue sur le recours pour excès de pouvoir dont il va être parlé plus loin. La cour de cassation, on vient de l'indiquer sommairement, fait une différence entre l'incompétence et l'excès de pouvoir et prend cette dernière expression dans un sens beaucoup plus restreint que celui dans lequel il est employé en droit administratif. Mais qu'il y ait eu excès de pouvoir proprement dit ou incompétence, il est certain que le tribunal a violé la loi en faisant une chose qu'il n'avait pas le pouvoir de faire; de même s'il a rendu sa décision sans les formalités exigées par la loi. L'individu qui demande la cassation pour un de ces motifs n'invoque pas un droit subjectif; il soutient seulement que la loi a été violée. Sans doute M. Barthélemy, dans sa thèse *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés,* 1899, a soutenu que le particulier avait un droit subjectif au respect par le fonctionnaire de la loi de compétence et de la loi de forme. Il a soutenu cette thèse pour les fonctionnaires administratifs et pour le recours pour excès de pouvoir; il la soutiendrait *a fortiori* pour les fonctionnaires judiciaires et pour le recours en cassation; ce sont, pourrait-il dire, des droits subjectifs privés de l'individu, qui ne peuvent être séparés de leur protection sociale et qui sont invoqués comme fondement du recours en cassation. Cette opinion nous paraît insoutenable. Dans la thèse de M. Barthélemy elle repose sur un cercle vicieux; l'auteur déclare qu'est droit subjectif tout droit protégé par une action; or, dit-il, il y a une action, donc il y a un droit subjectif. Mais il n'y a précisément action dans le sens où il l'entend, c'est-à-dire action donnant lieu à l'exercice de la juridiction subjective, que lorsqu'il y a un droit subjectif; il faut donc commencer par démontrer dans quel cas il y a un droit subjectif. M. Hauriou dit aussi très justement que M. Barthélemy commet une confusion de mots, parce que « un droit au sens ordinaire contient un pouvoir positif qui tend à se réaliser sur une chose ou vis-à-vis de quelqu'un pour en obtenir une prestation; ici le mot droit aurait un sens négatif, ce serait le droit à ne pas être lésé par une violation de compétence, par une violation de forme » (*Eléments du contentieux,* p. 34). La juridiction de cassation pour excès de pouvoir, incompétence et vice de forme est bien véritablement

une juridiction objective. Les conséquences de ce caractère doivent apparaître surtout relativement à la portée de l'arrêt prononçant la cassation pour une de ces causes, portée qui doit être générale comme la cause de la cassation. C'est aux théoriciens de la procédure judiciaire à construire cette théorie. Nous ne pouvons ici qu'en indiquer les bases.

Devant les tribunaux autres que les tribunaux judiciaires, la juridiction objective s'est dégagée d'une manière très nette de tout mélange avec la juridiction subjective. En effet, la conception individualiste y est moins dominante, et le caractère objectif du droit apparaît plus nettement dans les rapports de droit public que dans ceux de droit privé.

Comme exemple très net de juridiction objective, on doit signaler d'abord la juridiction de conflits, qu'elle soit exercée, comme elle l'a été pendant longtemps en France, par le gouvernement statuant seul ou après avis du conseil d'Etat, qu'elle soit exercée, comme elle l'a été de 1848 à 1852 et comme elle l'est encore depuis la loi du 24 mai 1872, par un tribunal spécial. La seule question qui est posée au tribunal des conflits est celle de savoir si la loi de compétence a été violée : a-t-elle été violée par le tribunal judiciaire qui s'est déclaré compétent, ou par le préfet qui, en prenant son arrêté de conflit, a affirmé la compétence administrative et suspendu l'œuvre du tribunal judiciaire? Si c'est le tribunal judiciaire qui est reconnu avoir violé la loi, le tribunal des conflits annule le jugement par lequel le tribunal judiciaire s'est déclaré compétent; si c'est le préfet, le tribunal des conflits annule l'arrêté de conflit. On ne dira pas que le tribunal des conflits statue sur un droit subjectif; on ne l'aperçoit nulle part. Assurément on ne peut considérer comme un droit la compétence de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire; on dit bien que le préfet *revendique* la compétence de l'ordre administratif; mais c'est pure métaphore, et nous pensons établir directement (v. § 66) que la compétence ne saurait être à aucun égard considérée comme un droit subjectif. Quant

aux particuliers qui sont admis à faire présenter des observations devant le tribunal des conflits, tout le monde reconnaît qu'ils ne sont point parties au procès, qu'ils ne peuvent présenter de conclusions ni obtenir de condamnation. Le tribunal des conflits rendant une décision sur juridiction objective, elle devra avoir par là même une portée générale ; le principe de la relativité de la chose jugée n'a rien à faire ici ; la décision du tribunal s'impose à tous ; elle s'impose au tribunal judiciaire, qui évidemment n'était point partie à l'instance ; elle s'impose à l'administration qui n'était pas davantage partie litigante.

Le jugement du tribunal des conflits est-il bien une décision juridictionnelle ? On peut dire : lorsque depuis la loi du 16 fructidor an III jusqu'en 1848, et depuis 1852 jusqu'à la loi du 24 mai 1872, le gouvernement seul ou en conseil d'Etat statuait sur les conflits d'attribution, sa décision n'avait pas le caractère juridictionnel ; aujourd'hui l'organe qui statue sur les conflits d'attributions n'est plus le gouvernement ; il a la forme, l'organisation habituelle des juridictions ; il statue suivant les formes juridictionnelles ; mais le caractère matériel de la décision sur conflit ne peut avoir changé pour cela ; elle est une décision juridictionnelle en la forme, mais point au fond. Cf. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 515 et suiv. ; Jellinek, *System*, 2e édit., 1905, p. 232. Nous estimons qu'il est plus exact de voir dans la décision sur conflit une véritable décision juridictionnelle, que ce caractère lui appartenait même lorsqu'elle était rendue par le gouvernement. La décision sur conflit possède bien le caractère syllogistique qui est le signe extérieur de toute décision juridictionnelle, quel que soit l'organe compétent pour la prendre. Depuis que compétence à cet égard appartient au tribunal des conflits, la décision sur conflit a la forme et le fond d'une décision juridictionnelle : auparavant, elle n'en avait pas la forme ; mais elle en avait le fond.

Le caractère de juridiction objective apparaît aussi d'une manière frappante dans la décision prise par le conseil d'Etat sur le pourvoi en cassation dirigé contre les jugements rendus par des tribunaux administratifs. En établissant que le pourvoi en cassation en matière judiciaire avait le caractère objectif, nous avons fait *a fortiori* la démonstration pour le pourvoi en cassation en matière administrative. La conséquence en est la portée absolue qui doit appartenir à

l'arrêt de cassation rendu par le conseil d'Etat et qui doit s'imposer à la juridiction contre la décision de laquelle le pourvoi en cassation a été dirigé.

Le conseil d'Etat a rendu récemment un arrêt où il consacre cette manière de voir, en décidant que l'arrêt du conseil d'Etat cassant un arrêt de la cour des comptes s'impose à la haute juridiction financière sur le renvoi qui lui est fait de l'affaire par le conseil après cassation (Cons. d'Etat, 8 juillet 1904, *Rec.*, p. 557 et Sirey, 1905, III, 81, *Note* de M. Hauriou et *Conclusions* de M. Romieu).

Un dernier exemple très net de juridiction objective est le *recours pour excès de pouvoir.*

M. Artur (*loc. cit.*, p. 305 et suiv.) s'est vainement efforcé de démontrer que le recours pour excès de pouvoir était toujours fondé sur un droit subjectif. Les arrêts les plus récents du conseil d'Etat établissent au contraire qu'il suffit d'un intérêt et que la seule question que doit résoudre le conseil est celle de savoir si la loi de compétence a été violée ou non. Cf. *supra*, § 44 et Hauriou, *Eléments du contentieux*, p. 34. M. Barthélemy (*Essai d'une théorie sur les droits subjectifs des administrés*, 1899) a soutenu que le recours pour excès de pouvoir était toujours fondé sur un droit subjectif, droit à la compétence, aux formes; nous avons dit, quelques pages plus haut, que toute cette théorie reposait sur une pétition de principe. Enfin, M. Laferrière lui-même avait distingué les diverses causes du recours pour excès de pouvoir; il avait dit que le requérant, lorsqu'il fondait son recours sur l'incompétence ou le défaut de forme, n'avait qu'à prouver la violation de la loi et n'avait point à faire la preuve d'un droit subjectif, qu'au contraire lorsqu'il fondait son recours sur la fausse application de la loi, il n'était recevable que s'il faisait la preuve d'un droit subjectif auquel il aurait été fait grief (*Juridiction et contentieux*, II, p. 534). Déjà, en 1902, nous disions que ces distinctions n'avaient pas de raison d'être, que le recours pour excès de pouvoir est toujours et simplement un recours objectif, où le demandeur doit seulement faire la preuve de la violation de la loi et le juge constater cette violation et annuler l'acte s'il la constate; que l'existence d'un simple intérêt moral suffit pour la recevabilité du recours (*L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1903, p. 532 et suiv.). M. Hauriou donne aujourd'hui la même solution en faisant observer très justement que la jurisprudence unifie les diverses causes de recours pour excès de pouvoir : « La jurisprudence, dit-il, parait disposée à unifier la théorie du recours pour excès de pouvoir dans ses quatre ouvertures : incompétence, vice de forme, fausse application de la loi, détournement de pouvoir... Cette unification n'est possible que du côté de la voie de nullité rigoureusement *objective* » (*Eléments du contentieux*, 1905, p. 33).

Dans une thèse remarquable (*Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1905), M. G. Tournyol du Clos a mis en relief le caractère exclusivement objectif du recours pour excès de pouvoir. L'auteur détermine d'une manière très nette le domaine respectif du contentieux subjectif et du contentieux objectif, et montre que toute la théorie du recours pour excès de pouvoir, telle qu'elle est élaborée par la jurisprudence du conseil d'Etat, est de plus en plus conforme à cette conception du contentieux objectif. Cf. aussi Beaudouin, *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, 1904.

Avec cette notion de la juridiction objective, toute la théorie du recours pour excès de pouvoir devient lumineuse. L'individu qui le forme n'invoque aucun droit et n'a besoin d'en invoquer aucun ; il vit dans un pays où est reconnu le principe de légalité, et par conséquent il a le pouvoir de provoquer la censure juridictionnelle de tout acte fait par l'autorité publique en violation de la loi. Toutefois, pour qu'il n'y ait pas abus dans l'exercice de ce recours, la jurisprudence exige que le requérant ait un intérêt spécial à le former ; mais il suffit d'un intérêt tout à fait indirect, d'un simple intérêt moral ; il suffit par exemple de l'intérêt qu'on a comme contribuable d'une commune à ce que ne soit pas engagée une dépense illégale (Arrêt *Casanova*, 29 mars 1901), ou de l'intérêt moral qu'il y a, pour ceux qui réunissent les conditions nécessaires pour être nommés à certaines places, à faire annuler les nominations à ces places d'individus qui ne réunissaient pas les conditions exigées (Arrêts *Lot*, 11 décembre 1903 ; *Molinier*, 4 décembre 1903 ; *Savary*, 18 mars 1904). Ces décisions sont particulièrement intéressantes, parce qu'on ne saurait dire assurément que les demandeurs à ces divers recours invoquaient un droit subjectif ; ils n'invoquaient pas assurément le droit d'être nommés à la fonction considérée ; ils savaient parfaitement qu'ils n'y avaient aucun droit.

Le conseil d'Etat saisi seulement, sur le recours pour excès de pouvoir, d'une question de légalité objective, ne peut qu'annuler l'acte ou refuser de l'annuler ; il ne peut prononcer aucune condamnation. Si le recours était fondé sur un droit subjectif, on ne comprendrait pas pourquoi le conseil d'Etat ne pourrait pas prononcer une condamnation. Si, par suite de l'annulation de l'acte attaqué, un droit subjectif renaît au profit du requérant, celui-ci est obligé d'intenter un second procès, procès subjectif, contre la personne publique pour faire prononcer une condamnation contre elle (Arrêt *Viaud* (*Pierre Loti*), 24 fév. 1899).

Enfin la décision du conseil d'Etat étant un acte de juridiction objective, l'annulation a une portée générale ; l'acte est annulé *erga omnes*, à l'égard de tous les agents de l'administration, à l'égard de tous les administrés.

Se pose encore ici la question de savoir s'il n'y a pas là seulement juridiction au sens formel, si la décision du conseil d'Etat n'est pas un acte administratif matériel, fait en la forme juridictionnelle. Quand avant 1872 l'annulation sur excès de pouvoir était prononcée par le gouvernement en conseil d'Etat, n'était-ce pas une décision administrative? Ne l'est-elle pas restée depuis que la loi de 1872 a donné au conseil d'Etat la justice *déléguée ?* Non. — Du jour où on a considéré qu'un organe quel qu'il fût devait, saisi de la question de légalité d'un acte administratif, examiner la question, lui donner une solution, et, *lié par le droit,* annuler l'acte fait en violation de la loi, de ce jour là cet organe a exercé une fonction juridictionnelle. La décision sur le recours pour excès de pouvoir est aujourd'hui un acte juridictionnel en la forme, parce qu'elle émane d'une juridiction, le conseil d'Etat; elle est un acte juridictionnel au point de vue matériel, parce que le conseil prend une décision imposée logiquement par la loi; il ne peut pas apprécier l'opportunité de l'acte, il ne peut pas réformer l'acte; il peut seulement constater la violation ou la non-violation de la loi et tirer la conséquence syllogistique de cette constatation; tel est le propre de la fonction juridictionnelle. Au contraire, le supérieur hiérarchique qui annule, même pour violation de la loi, l'acte de son subordonné, ne fait pas acte de juridiction : il peut refuser de répondre à la demande d'annulation, comme il pourrait à l'inverse agir d'office ; il peut annuler, mais il peut réformer aussi ; il peut annuler pour violation de la loi ; mais il peut annuler aussi

pour cause d'inopportunité. Voilà bien les caractères de l'acte d'administration ; ils ne sont point ceux de l'acte de juridiction ; et ils ne se retrouvent aucun dans la décision sur le recours pour excès de pouvoir.

Souvent encore, dans la pratique, on oppose le recours *ordinaire* au recours pour excès de pouvoir, ce qui semble indiquer que le recours pour excès de pouvoir est un recours exceptionnel. M. Artur parle des pouvoirs *exorbitants* d'annulation appartenant au conseil d'Etat en matière de recours pour excès de pouvoir. M. Hauriou annonce (*Eléments du contentieux*, p. 12) que son étude est surtout faite pour savoir si le contentieux de l'annulation a un « caractère normal ou anormal ». Dans la pensée du savant auteur, le contentieux de l'annulation n'a certainement rien d'anormal. Telle est en effet pour nous la vérité incontestable. Le contentieux administratif de l'annulation est tout simplement un cas de juridiction objective, laquelle est une fonction de l'Etat aussi normale que la juridiction subjective. Ce qu'on a dit montre combien est déjà vaste le domaine de la juridiction objective ; il va se préciser et s'accroître ; ce ne sera que la conséquence de la substitution constante et progressive de la conception socialiste du droit à la conception individualiste (cf. § 5).

47. La fonction exécutive n'est pas une fonction juridique spécifique de l'Etat. — Beaucoup d'auteurs enseignent encore que l'une des fonctions juridiques de l'Etat est la fonction dite fonction exécutive, qu'on oppose à la fonction législative, soit qu'on la subdivise en fonction exécutive générale, fonction administrative et fonction judiciaire, soit qu'on admette l'existence de trois fonctions distinctes, la fonction législative, la fonction exécutive et la fonction judiciaire.

Avant d'examiner s'il existe réellement une fonction spécifique de l'Etat, qui serait la fonction exécutive et dont au moins l'administration ne serait qu'une branche, il importe de rechercher si le droit positif français admet l'existence d'une fonction exécutive. A cette question on répond presque toujours affirmativement. Les traités élémentaires de droit public et de droit privé français distinguent toujours la fonction législative et la fonction exécutive. Cependant l'ex-

pression fonction exécutive ne se trouve peut-être pas une seule fois dans nos lois constitutionnelles, politiques, administratives. L'expression qu'on y trouve à chaque instant est *pouvoir exécutif*. Or, c'est une erreur de croire que *fonction* et *pouvoir* soient synonymes. C'est une erreur faite fréquemment, faite par le législateur lui-même. Dans la pensée des rédacteurs de la constitution de 1791, les vrais fondateurs du droit public français, les *pouvoirs* n'étaient ni les fonctions ni les organes, mais les divers éléments constitutifs de la souveraineté ; et notamment le pouvoir exécutif était la souveraineté elle-même en tant qu'elle se manifestait dans l'ordre exécutif (cf. *infra*, § 54), les fonctions étant les manifestations de la volonté de l'Etat en tant qu'elles produisent un certain effet dans le domaine du droit. Cela montre qu'on ne peut tirer aucun argument de nos constitutions et de nos lois politiques pour soutenir que le droit positif français admet l'existence d'une fonction exécutive ; ces constitutions et ces lois parlent de pouvoir exécutif et non de fonction exécutive, et dans la terminologie de 1791 qu'elles n'ont fait que reproduire, il y avait une différence capitale entre les pouvoirs et les fonctions. Mais comme il y avait un pouvoir exécutif, on a été amené à en conclure qu'il y avait une fonction exécutive. On a tâché de déterminer le domaine de cette fonction exécutive. On a soutenu qu'il y avait une fonction exécutive proprement dite, qui n'était pas la fonction administrative, ni la fonction juridictionnelle, mais qui contenait la fonction administrative, et peut-être aussi la fonction juridictionnelle (on disait surtout la fonction judiciaire).

Encore ici il y a eu confusion du point de vue formel et du point de vue matériel, et le point de vue formel l'a emporté à tort. Parce qu'on affirmait que la souveraineté se divisait en pouvoir législatif, en pouvoir exécutif, on créait un organe législatif et un organe exécutif, qu'on appelait par extension le

pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, et comme on avait une fonction législative répondant au pouvoir exécutif, on voulut avoir aussi une fonction exécutive répondant au pouvoir exécutif, et finalement on ne donna pas d'autre définition de la fonction exécutive que celle-ci : est fonction exécutive tout ce que fait le pouvoir exécutif. C'était évidemment une définition purement formelle.

Mais cette fonction exécutive n'est-elle pas reconnue par l'art. 3 de la loi const. du 25 février 1875 : « Le président de la république assure et surveille l'exécution des lois »? Quelle a été exactement la pensée des rédacteurs de la loi de 1875, il est difficile de le dire. Mais nous sommes convaincu que le texte n'implique pas la reconnaissance d'une fonction particulière, la fonction exécutive. Ce texte indique seulement dans une formule générale de style une série d'attributions qui appartiennent au président de la république. Si l'on passe en revue une à une ces diverses attributions, il est facile de montrer qu'elles rentrent toutes dans l'une des trois fonctions législative, administrative ou juridictionnelle et que par conséquent elles ne forment pas le contenu d'une quatrième fonction distincte des autres.

C'est d'abord la disposition de la force armée (L. 25 février 1875, art. 3, § 3). Quel est exactement le caractère de cette fonction? Si l'on y voit le commandement même des troupes; cela n'est pas à proprement parler une fonction juridique, mais simplement une opération d'ordre matériel que l'on ne peut pas faire rentrer dans le cadre d'une fonction juridique quelconque de l'Etat. Si l'on y voit la fonction consistant à mettre en mouvement, d'une manière obligatoire pour elle, une autorité militaire déterminée, l'acte qui sera fait réunira tous les caractères de l'acte administratif et sera un acte administratif.

Beaucoup d'auteurs font rentrer dans la fonction exécutive les règlements, aussi bien ceux qui ont pour

but de compléter une loi, de régler les détails d'application d'une loi que ceux qui ont pour but d'organiser un service public. On a montré déjà au § 40, que les règlements complémentaires d'une loi ont le caractère législatif matériel et qu'il en est de même des règlements organisant des services publics, parce qu'ils établissent eux aussi une règle générale dont l'application forcément, et quoi qu'on en dise, réagit toujours sur les particuliers.

On fait encore rentrer très souvent dans la fonction exécutive les actes qui sont relatifs à l'impulsion que le gouvernement donne à toute la machine administrative et judiciaire d'un pays, la direction qu'il lui imprime, pour l'application de telle ou telle loi, pour le fonctionnement de tel ou tel service.

C'est ce que beaucoup d'auteurs appellent la fonction gouvernementale, expression qui se trouve même dans le préambule du décret du 25 mars 1852 : « Considérant que si l'on peut gouverner de loin, on n'administre bien que de près... ». D'après M. Ducrocq, « le gouvernement est la portion du pouvoir exécutif qui a mission de diriger le pays dans les voies de son développement intérieur et de ses relations extérieures, tandis que l'administration en est le complément et l'action vitale » (I, p. 28, 7e éd.). D'après M. Laferrière, « administrer c'est assurer l'application journalière des lois : gouverner c'est pourvoir aux besoins de la société politique tout entière, veiller à l'observation de la constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, à la sécurité intérieure et extérieure » (II, p. 33). Cf. des définitions aussi vagues et aussi peu juridiques dans Dareste, *Juridiction administrative*, 2e éd., p. 212. Aucoc, *Conférences*, I, p. 12.

Que les hommes qui détiennent le gouvernement doivent faire tout cela, c'est incontestable ; mais pour le faire ils feront des actes qui n'auront au point de vue du droit que le caractère législatif, administratif ou juridictionnel. Nous exceptons, bien entendu, les actes diplomatiques, que nous avons mis dans une classe à part et dont nous entendons ne pas parler (cf. § 42, *in fine*). Cette impulsion qui constitue, dit-on, le propre de la fonction exécutive, est donnée d'abord très souvent par ces décrets réglementaires qui complètent les lois, qui organisent les services publics.

Nous avons dit que c'étaient des actes législatifs matériels. Cette impulsion est donnée par les nominations des fonctionnaires, actes de première importance pour la bonne direction et l'orientation des affaires d'un pays. Or ce sont incontestablement des actes administratifs proprement dits. Enfin cette impulsion est donnée par des instructions verbales ou par écrit, individuelles ou générales, adressées à des fonctionnaires. Nous avons établi précédemment qu'il n'y avait pas là d'acte juridique (cf. § 42, n° 4).

On peut donc conclure qu'il n'y a pas de fonction exécutive, fonction juridique spécifique de l'Etat, qu'il y a sans doute une mission que le gouvernement doit remplir, qu'on appelle souvent la fonction exécutive, la fonction gouvernementale, mission qui consiste à donner l'impulsion et la direction à l'Etat; mais cela c'est un but à atteindre, ce n'est pas une fonction au sens juridique. Pour atteindre ce but, il est fait ou bien des actes qui n'ont pas en soi le caractère juridique, ou des actes qui rentrent dans une des trois catégories, législative, administrative ou juridictionnelle.

Chez certains auteurs, la confusion de la notion de pouvoir élément de la souveraineté, avec la notion de fonction, a produit des conceptions nuageuses et bizarres, dont le modèle se trouve dans l'œuvre célèbre de Lorenz Stein (*Verwaltungslehre*, I, 1869). D'après lui, le *moi* de l'Etat est le souverain, le support de la personnalité autonome et organique de l'Etat, quelle que soit sa forme; l'acte par lequel l'Etat détermine les motifs qui le font agir, juge au sens logique, c'est la législation; la volonté de l'Etat tendant à s'extérioriser et pouvant s'imposer même par la force, c'est l'exécution qui est ainsi la volonté même de l'Etat, inspirant les manifestations extérieures qui forment l'administration au sens général du mot.

M. Hauriou, dont la pensée se rapproche certainement de celle de Lorenz Stein, fait une place importante au pouvoir exécutif. Il déclare que « c'est une hérésie constitutionnelle de croire que le pouvoir exécutif se borne à exécuter la loi... parce que le pouvoir exécutif assure l'exécution des lois, mais les dépasse par ses règlements et par ses organisations » (5e édit., p. 184). Nous avions cru jusqu'à présent que dans ses règlements et ses organisations le pouvoir exécutif devait rester dans les limites fixées par les lois. Mais passons. — Le savant auteur ajoute : « Il y a une grande utilité

à conserver la notion traditionnelle que la fonction administrative est la manifestation d'un pouvoir spécial de l'Etat, le pouvoir exécutif distinct du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire... Ce pouvoir fera apparaître l'Etat et tous les rouages de son administration doués de quelque autonomie comme des individualités agissantes parce que le propre de l'action est de se rapporter à des êtres. C'est donc par l'exercice de leur pouvoir exécutif que l'Etat et les diverses administrations s'individualisent... On remarquera que je fais de l'organe exécutif un élément de l'*individualité* de l'Etat plutôt que de sa *personnalité;* la personnalité n'est en effet engendrée que par la réaction sur l'individualité volontaire d'un élément représentatif émané du milieu social et qui s'appellera l'organe législatif ou l'organe délibérant » (*Droit administratif*, 5e édit., p. 184 et 185, note 1). M. Hauriou renvoie à son article de la *Revue générale de droit*, 1898, p. 1, et à son livre, *Leçons sur le mouvement social*, 1898, 2e appendice. Nous renonçons à saisir et à discuter ces mystérieuses doctrines.

CHAPITRE III

LES ORGANES DE L'ÉTAT

48. Le gouvernement et la force matérielle. — En parlant des organes de l'Etat, nous n'entendons aucunement adopter la doctrine biologique ou la doctrine juridico-organique. La première est une pure hypothèse, qui n'a rien de scientifique. La seconde affirme que les collectivités parvenues à un certain degré d'intégration, que l'Etat sont des personnes réelles ; que l'activité volontaire de ces personnes, de l'Etat, se manifeste par l'action d'individus humains qui sont leurs *organes juridiques* (cf. § 50) ; mais elle n'explique rien de tout cela. L'expression *organes* n'implique dans notre pensée l'acceptation d'aucune théorie particulière. Nous désignons ainsi tous les individus ou tous les groupes d'individus qui participent à l'exercice de l'activité volontaire de l'Etat. D'après le postulat qui est à la base de la théorie générale de l'Etat, exprimée dans nos constitutions révolutionnaires et aussi à la base de la théorie dominante dans la doctrine moderne, l'Etat est une corporation territoriale souveraine ; il est une personne collective fixée sur un territoire et ayant une souveraineté. Cette souveraineté, on le sait, est une volonté. Cette volonté est source d'activité. Pour que cette activité puisse s'exercer sous une forme quelconque, il faut que des individus humains soient préposés à l'exercice de cette activité au nom de l'Etat. On peut

bien dire que les personnes collectives ont une activité volontaire ; mais cette volonté a forcément pour support des individus et ce sont forcément des individus qui exercent cette activité. Dès lors nous appelons organes de l'Etat, tous les individus, tous les groupes d'individus qui participent, sous une forme ou sous une autre, aux manifestations de l'activité volontaire de l'Etat.

Dans les pays modernes, à cause de l'activité toujours croissante de l'Etat, ces organes sont très nombreux et très complexes. On peut les désigner ensemble par le mot *gouvernement*, en employant ce mot dans son sens le plus général. On verra plus loin que ce mot est pris souvent dans des sens plus restreints. Le mot *gouvernement* désignant ainsi l'ensemble des organes de l'Etat, on comprend pourquoi nous avons dit (§ 20) que le gouvernement est un élément constitutif de l'Etat. En effet on peut bien dire qu'un Etat est une collectivité souveraine, fixée sur un territoire ; mais tant qu'il n'existe pas des individus ayant d'une manière permanente le pouvoir d'exprimer une volonté considérée comme étant la volonté de la collectivité territoriale souveraine, c'est-à-dire de l'Etat, celui-ci n'est qu'une abstraction. Il ne devient une réalité que du moment où des individus ou des groupes d'individus sont, d'une manière permanente, préposés à l'expression de cette volonté, du jour en un mot où il y a un gouvernement constitué.

Mais ce n'est pas tout. Pour qu'il y ait un gouvernement véritable, il faut que ce gouvernement soit investi d'une force matérielle de contrainte qui lui permette d'imposer, sur le territoire de l'Etat, à toute autre volonté individuelle ou collective, sa propre volonté, ou plutôt la volonté de l'Etat dont il est l'organe. La première condition pour qu'il y ait un gouvernement véritable, c'est que ce gouvernement dispose sur le territoire national de la plus grande force matérielle au nom de l'Etat. Nous ne discutons

pas la question de légitimité du gouvernement; nous ne disons pas qu'est légitime tout gouvernement qui dispose de la plus grande force. Nous disons seulement pour le moment : il n'y a pas de gouvernement et à vrai dire il n'y a pas d'Etat si les hommes qui prétendent former le gouvernement d'un pays n'ont pas à leur disposition une force matérielle qui leur permette d'imposer à tous sur le territoire la volonté qu'ils expriment comme étant celle de l'Etat.

On voit la différence qui existe entre la puissance de contrainte dont nous parlons maintenant et la puissance commandante de l'Etat qui constitue sa souveraineté. La puissance commandante de l'Etat est un certain pouvoir juridique de la volonté de l'Etat. La puissance de contrainte est un certain pouvoir de fait appartenant aux individus qui expriment la volonté de l'Etat, qui exercent sa puissance commandante.

Cette distinction n'a pas toujours été très nettement faite. Certains auteurs paraissent enseigner que l'élément caractéristique de la puissance de l'Etat, c'est le pouvoir de contrainte. M. Baliki a écrit (1896) un livre dont le titre, *De l'Etat comme organisation coercitive de la société*, montre bien que dans la pensée de l'auteur c'est ce pouvoir de contrainte supérieure qui caractérise l'Etat. M. Laband paraît enseigner que l'élément caractéristique de la puissance étatique, c'est ce pouvoir d'exercer une contrainte matérielle sur les individus se trouvant sur le territoire. Il oppose à l'Etat les communes, les diverses collectivités qui n'ont pas le caractère d'Etat, qui ont un pouvoir de commandement sur leurs membres, mais qui n'ont pas le pouvoir de contraindre, ce pouvoir appartenant seulement à l'Etat (Laband, *Droit public*, I, édit. franç., p. 64).

Le pouvoir de commander est un pouvoir juridique tenant à ce que la volonté d'une certaine personne est d'une essence supérieure à la volonté d'autres personnes. Le pouvoir de commander d'une manière indépendante, qui est le pouvoir souverain, est un pouvoir juridique, dont le titulaire est l'Etat et qui appartient à l'Etat parce que celui-ci a une volonté d'une essence propre. Le pouvoir de contraindre est un pouvoir de fait; il appartient à celui-là seul qui détient une force

matérielle; il appartient aux individus qui se présentent comme agissant et voulant au nom de l'Etat, et qui ne seront le gouvernement de cet Etat que s'ils ont en fait une force matérielle prépondérante dans le pays. Pour savoir si le pouvoir de commander souverainement existe, il faut rechercher si telle volonté collective est d'une essence supérieure à celle des autres volontés, et si par suite elle a le pouvoir juridique de commander. Pour savoir si le pouvoir de contrainte existe, il faut rechercher si en fait, dans un pays donné, un certain groupe d'hommes dispose d'une force matérielle de nature à contraindre directement ou indirectement toutes les volontés à faire ou à ne pas faire telle chose. La première question est une question de droit; la seconde une question de fait. Le pouvoir de commander est un élément constitutif de l'Etat; le pouvoir de contraindre est la condition de fait que doit présenter tout groupe d'hommes qui prétend constituer le gouvernement d'un Etat. La puissance de contraindre toute seule n'est pas une puissance étatique. Mais le pouvoir juridique de commander, même de formuler des ordres inconditionnés, n'est qu'une abstraction, s'il n'est pas accompagné du pouvoir de contrainte. La puissance de contrainte toute seule est une force matérielle plus grande qu'une autre force; c'est la force du chef de brigands qui impose une prestation à ses prisonniers. Le pouvoir de commander, s'il n'est pas exercé par des hommes ayant à leur disposition les moyens matériels d'assurer par la contrainte, si besoin est, les commandements donnés, n'est point une puissance étatique. On aura beau affirmer que telle collectivité a le droit de commander, est la collectivité la plus haute existant sur un territoire donné, tout cela n'est que chimère, si les hommes qui représentent cette collectivité ne disposent pas des moyens matériels d'assurer obéissance à leurs ordres. Sans cela il n'y a pas de gouvernement, et comme sans gouvernement

il n'y a pas d'Etat, quand la force matérielle fait défaut, il n'y a pas d'Etat; il y a une *anarchie* au sens étymologique et propre du mot. La puissance étatique est un droit; mais elle est aussi une force; la force sans le droit est la pure violence; mais le droit sans la force n'est pas et ne peut pas être une souveraineté étatique.

Ihering a mis cette idée en relief dans un passage intéressant : « Toutes les autres conditions de l'Etat se ramènent à la condition de force « *Macht* ». Avant que cette condition ne soit remplie, toutes les autres conditions sont anticipées, car, pour les remplir, l'Etat doit exister et il n'existe que lorsque la question de force « *Macht* » est résolue. L'absence de force est le péché mortel de l'Etat pour lequel il n'y a aucune absolution, celui que la société ni ne pardonne ni ne supporte. Un Etat sans force est une contradiction en soi. Les peuples ont supporté les plus mauvais usages du pouvoir étatique, le fouet d'Attila, la folie des Césars romains... Cependant l'état de délire, le despotisme reste une forme étatique, un mécanisme du pouvoir social. Mais l'anarchie, c'est-à-dire l'absence de force étatique, n'est pas une forme d'Etat, et quiconque y met fin par un moyen quelconque..., l'usurpateur national ou le conquérant étranger, rend un service à la société; il est un sauveur ou un bienfaiteur, car la forme la plus insupportable d'Etat est toujours meilleure que l'absence d'Etat » (Ihering, *Der Zweck im Recte*, I, p. 245).

Observons que si la force matérielle doit exister pour qu'il y ait une puissance politique, cependant cette puissance matérielle serait bien précaire si elle existait toute seule. Pour avoir chance de durer, il faut qu'elle soit accompagnée d'une certaine force morale. La puissance publique sera d'autant mieux obéie qu'elle sera plus volontairement acceptée par les gouvernés. C'est la mission de l'art politique de trouver les procédés de gouvernement les plus propres à faire accepter volontairement par les sujets les commandements de l'autorité publique. On a beaucoup écrit sur ce délicat problème. Il suffit de citer la *Politique* d'Aristote, le *Prince* de Machiavel et l'*Esprit des lois* de Montesquieu, que les écrivains modernes n'ont pas dépassés. Le tout de l'art politique est d'adapter les formes et les procédés du gouvernement aux croyances religieuses et morales, aux besoins économiques du pays et de faire en sorte que les sujets soient profondément convaincus que les gouvernants gouvernent dans l'intérêt de tous et non pas dans leur intérêt personnel. Les théologiens scolastiques définissaient le tyran, le prince qui gouverne dans son intérêt et non dans l'intérêt de ses sujets. La définition est toujours vraie. Qu'on n'oublie pas que la tyrannie n'est pas incompatible avec la démocratie, que les élus du peuple

sont aussi des tyrans s'ils gouvernent dans leur intérêt et dans celui de leurs électeurs, non dans l'intérêt de tous. Qu'on n'oublie pas que le gouvernement tyrannique, quelle que soit sa forme, ne possède point la force morale sans laquelle la force matérielle ne peut être que précaire.

L'emploi de la contrainte étatique ne constitue pas un acte juridique et ne fait pas naître une situation de droit. Par conséquent il ne rentre pas dans l'une des fonctions juridiques de l'Etat. Lorsqu'un agent de la force publique arrête un individu, lorsqu'un escadron de dragons charge la foule pour déblayer une place publique et assurer la libre circulation, lorsqu'un geôlier incarcère un condamné, lorsque l'exécuteur des hautes œuvres tranche la tête d'un condamné à mort, l'acte qui est fait est un simple acte matériel, sans aucun caractère juridique.

Mais derrière l'acte de contrainte matérielle sans caractère juridique, il doit toujours y avoir un acte ayant ce caractère, acte administratif ou acte juridictionnel. L'Etat emploie la contrainte pour imposer à un sujet un acte ou une abstention, pour le forcer directement ou indirectement à faire ou à ne pas faire quelque chose. Mais il faut que l'acte ou l'abstention ait été au préalable déterminé par l'Etat, et ait été déterminé individuellement. C'est ce que nous avons déjà établi au § 37, en montrant combien il était inexact de dire que la loi positive avait la sanction de la contrainte étatique. En réalité la loi donne seulement le pouvoir à une certaine volonté de faire un acte imposant à une autre volonté une abstention ou une action. Quand cet acte individuel a été fait au nom de l'Etat ou qu'ayant été fait par un particulier, il a été reconnu par l'Etat juge, la force matérielle intervient pour en assurer la réalisation. Mais l'intervention de cette force ne crée point une situation de droit nouvelle.

Qu'on ne croie pas cependant que l'acte de contrainte échappe à la prise du droit. Dans les pays qui sont parvenus, comme la plupart des pays modernes, à

la notion de légalité, cet acte de contrainte ne peut être fait que dans les limites fixées par la loi. Seuls peuvent être employés les moyens de contrainte déterminés par la loi et seulement dans les conditions légales. D'autre part, seuls les agents auxquels la loi a donné expressément compétence à cet effet peuvent procéder à l'emploi de la contrainte. Toute législation protectrice de l'individu doit minutieusement déterminer les modes et les conditions de l'emploi de la contrainte. C'est par là naturellement que la liberté individuelle se trouve le plus directement sous la dépendance de l'Etat.

Un acte de contrainte fait en violation de la loi ne peut évidemment être frappé de nullité puisque ce n'est pas un acte juridique. Mais il peut constituer, lorsqu'il est fait en violation de la loi, une infraction pénale. Notre code pénal prévoit une série d'infractions de ce genre (cf. notamment art. 114 et suiv., 184 et suiv.). D'autre part que l'acte de contrainte, fait contrairement à la loi, constitue ou non une infraction, il peut entraîner une responsabilité du fonctionnaire ; et cela est un cas de la théorie générale de la responsabilité des fonctionnaires dont il sera parlé au § 67. Pour un fait matériel de contrainte, il ne peut être parlé de détournement de pouvoir, l'expression devant être réservée pour le fait du fonctionnaire qui emploie sa compétence à faire un acte d'ordre juridique dans un but autre que celui pour lequel la loi lui a donné cette compétence ; le détournement de pouvoir entraîne la nullité de l'acte. Mais pour un fait matériel de contrainte, il peut y avoir abus de pouvoir, c'est-à-dire emploi du pouvoir de contrainte, que la loi a donné dans un but autre que celui que la loi avait en vue en donnant ce pouvoir. L'abus de pouvoir ne peut pas entraîner nullité d'un acte qui n'est pas un acte juridique, mais peut donner naissance à la responsabilité pécuniaire de l'agent vis-à-vis la victime de l'abus de pouvoir.

Enfin l'accomplissement d'un acte de contrainte, contrairement à la loi, peut fonder la responsabilité pécuniaire de l'Etat. Nous touchons là à un des gros problèmes du droit public moderne. Déjà nous avons mis le lecteur en garde contre cette proposition très répandue : l'Etat n'est pas responsable à l'occasion d'un acte de puissance publique. Formulée avec cette généralité, la proposition n'est pas exacte. D'autre part, il faudrait peut-être s'entendre d'une manière précise sur ce qu'on entend exactement par un acte de puissance publique. Nous n'hésitons pas à affirmer dès à présent le principe de la responsabilité de l'Etat au cas d'acte de contrainte fait en violation de la loi. Nous essaierons de montrer plus loin comment ce cas particulier peut se rattacher à la théorie générale de la responsabilité de l'Etat (v. § 96).

49. Théorie française des organes de l'Etat. — L'Etat étant une personne juridique et ses organes étant des individus et des groupes d'individus qui exercent son activité volontaire, un problème juridique s'est posé du jour où on a essayé de faire rentrer dans les cadres du droit les rapports politiques : quelle est la nature juridique du rapport qui naît entre l'Etat et ses organes ou plus exactement entre l'Etat et les individus qui exercent son activité volontaire ? Sur ce point délicat et complexe existe dans les constitutions françaises toute une théorie, qu'il s'agit de dégager. Elle est fondée avant tout sur l'idée de mandat et de représentation, c'est-à-dire sur cette idée que les individus qui forment les organes de l'Etat exercent des droits dont ils ne sont pas titulaires, et que d'autre part ils *représentent* la personne qui est titulaire de ces droits, c'est-à-dire que les choses se passent comme si c'était cette personne elle-même qui avait fait l'acte de volonté. Le mandat et la représentation sont des institutions, qui ont été inventées en vue des rapports privés; mais elles ont été appliquées aussi aux rapports publics. Peut-être cette application de

l'idée de mandat et de représentation aux rapports publics ne répond-elle pas à la réalité des choses. Aussi bien, toute la théorie française des organes de l'Etat ne rentre-t-elle pas dans les cadres du mandat et de la représentation. Il faut en étudier les différents éléments.

Le point de départ de toute la théorie est la reconnaissance d'un élément qui est le support de la souveraineté de l'Etat, d'un élément qui concourt à former l'Etat, mais qui est cependant distinct de l'Etat, et qui est titulaire de la souveraineté. Cet élément, on le sait, est la nation (cf. § 22). La souveraineté, c'est la volonté même de la nation. Mais il faut que la nation puisse exprimer sa volonté. Cette fonction appartiendra à un certain nombre d'individus membres de la nation, que déterminera la loi, et qui formeront le corps des citoyens, appelé souvent corps électoral, parce que le plus habituellement dans les Etats modernes le rôle de ces individus consiste à élire les représentants de la nation; mais le corps des citoyens peut avoir aussi un rôle de décision (cf. *infra*, § 51). Ce corps peut être plus ou moins étendu, comprendre tous les individus capables d'exprimer consciemment leur volonté, ou ne comprendre qu'un certain nombre d'individus considérés comme spécialement compétents; il a toujours le même caractère. Il n'est point à vrai dire un organe de l'Etat; il n'est pas même un organe de la nation; il est la nation elle-même en tant qu'elle exprime sa volonté; il est l'interprète direct de la volonté souveraine de la nation. Comme le mot *organe* est commode et que nous ne lui attachons aucun sens particulier ni au point de vue sociologique, ni au point de vue juridique, comme le corps des citoyens exprime directement la volonté souveraine de la nation nous l'appellerons l'*organe direct suprême*. Dans les pays qui pratiquent le régime représentatif complet, comme la France actuelle et la France de 1791, l'organe direct suprême se borne à

désigner les individus ou les corps qui exprimeront en son nom la volonté souveraine de la nation. On fait observer que, dans ce système, il est encore l'organe suprême direct, parce que en réalité tous les organes de l'Etat dérivent de lui.

Cette théorie française du corps des citoyens exprimant directement la volonté de la nation, considérée comme support de la souveraineté primaire, ressemble beaucoup à la théorie de certains auteurs allemands, théorie qu'on peut appeler théorie du *Träger*, ou *support* de la souveraineté et dont le principal représentant est G. Meyer. On appelle, dit-il, *support, Träger* de la puissance étatique, la personne ou le groupe de personnes auxquels appartient la puissance étatique comme droit propre et originaire. Le *Träger* de la puissance étatique, ou bien peut exercer lui-même les droits de puissance qui lui appartiennent, ou bien peut faire exercer ces droits par une autre personne en son nom. Appliquant cette conception aux différentes formes de gouvernement, on arrive aux conséquences suivantes. Dans les monarchies de droit divin, le *Träger* de la puissance étatique est le monarque; dans les aristocraties théocratiques, le groupe des principaux forme le *Träger* de la puissance publique; enfin dans les démocraties, la nation elle-même est le *Träger* de la souveraineté. M. G. Meyer dit que c'est la conception des Etats-Unis d'Amérique; il aurait dû ajouter que telle est aussi la conception française. Cf. G. Meyer, *Staatsrecht*, 1895, p. 12; Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, 1899, p. 176.

Cette théorie est aujourd'hui abandonnée par la majorité des auteurs allemands. On lui reproche avec raison, et on peut faire le même reproche à la théorie française, de créer un dualisme dans l'Etat, d'y instituer deux personnes, la personne nation, support de la puissance publique, et la personne Etat.

La souveraineté peut être exercée directement par la nation elle-même : alors il y a ce qu'on appelle au sens général du mot, *gouvernement direct*. En pareil cas il n'y a point d'organes de représentation, mais seulement des *commis*, suivant l'expression de J.-J. Rousseau, des commis de la nation, des agents qui seront chargés d'assurer l'exécution de la volonté de la nation directement exprimée par elle. Ces agents n'exprimeront pas la volonté de la nation, ne seront pas ses représentants; ils seront tout simplement ses *préposés* (J.-J. Rousseau, *Contrat social*, liv. III, ch. I).

Mais en 1791, on déclarait que la constitution française était représentative (tit. III, préamb., art. 2),

et encore aujourd'hui le régime politique de la France est un régime représentatif. Dès lors, il faut distinguer les *représentants* et les *agents*, distinction fondamentale, théoriquement et pratiquement; théoriquement, parce qu'elle répond incontestablement à une réalité et qu'il suffit d'y faire une certaine modification pour qu'elle soit l'expression vraie des faits; et pratiquement, parce qu'elle est la clef de tout le droit public français.

Les *représentants* ou organes de représentation sont ceux qui veulent au lieu et place de la nation et dont la volonté est comme si elle émanait directement de la nation. La notion de représentant repose bien sur l'idée de mandat; la nation exprime sa volonté par son corps électoral; mais son corps électoral n'exerce pas lui-même la souveraineté dont il est l'organe direct et suprême; il a un ou plusieurs mandataires; ces mandataires exprimeront une volonté qui est la leur en fait, mais qui en droit, par suite du phénomène de la représentation, sera comme si elle émanait directement de la nation; elle aura les mêmes caractères, la même force. En tant qu'organe de représentation, les représentants n'ont pas une volonté distincte de la volonté de la nation; ce qu'ils disent, ce qu'ils commandent, c'est la nation qui le dit, qui le commande. D'après la constitution de 1791 (tit. III, préamb., art. 2), les représentants étaient le corps législatif et le roi. On verra plus loin si l'ordre judiciaire avait aussi le caractère de représentant. La conséquence logique de l'idée de représentation, c'est que la volonté des représentants étant la volonté de la nation elle-même, ne peut être contrôlée par une volonté supérieure à elle-même.

Les *agents* sont placés sous l'autorité et le contrôle des organes de représentation; ils n'ont aucun caractère de représentation, c'est-à-dire qu'ils n'expriment point la volonté de la nation. Ce n'est pas à dire cependant que les agents ne fassent que des actes

matériels d'exécution; ils peuvent aussi faire des actes juridiques, mais ils ne le peuvent que dans les limites fixées par la volonté nationale, exprimée par les organes de représentation. La volonté de l'agent n'est pas la volonté de la nation; elle est en fait et reste juridiquement la volonté de l'agent, à laquelle la loi a conféré le pouvoir de créer un certain effet de droit quand elle se meut dans un certain domaine.

Comme cette volonté de l'agent n'est pas volonté de la nation, elle est une volonté contrôlée et surveillée par les organes de représentation; les agents peuvent aussi être contrôlés et surveillés par d'autres agents, d'où le système de hiérarchie des agents, de contrôle juridictionnel et de répartitions des compétences.

Cette distinction des *représentants* et des *agents* est exprimée très nettement par nos constitutions. On a déjà cité l'art. 2 du préambule du titre III de la constitution de 1791 : « La nation, de qui seule émane tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. — La constitution française est représentative : les représentants sont le corps législatif et le roi ». De ce texte, il faut rapprocher immédiatement l'art. 2 de la section III du chapitre IV du titre III de la même constitution : « Les administrateurs n'ont *aucun caractère de représentation*. Ils sont agents élus à temps par le peuple, pour exercer, sous la surveillance et l'autorité du roi, les fonctions administratives ». Il n'est question dans cet article que des administrateurs. On a déjà dit que très probablement, dans le système de la constitution de 1791, les juges formaient un corps représentatif (Titre III, préamb., art. 5. Cf. *infra*, § 54).

Le sens de ces textes est très clair si l'on en rapproche les déclarations faites par Barnave et Rœderer dans la séance du 10 août 1791. « Dans l'ordre et les limites des fonctions constitutionnelles, disait Barnave, ce qui distingue le représentant de celui qui n'est que simple fonctionnaire public, c'est qu'il est chargé dans certains cas de vouloir pour la nation, tandis que le simple fonctionnaire public n'est jamais chargé que d'agir pour elle ». Et Rœderer dis-

tingue soigneusement les pouvoirs *délégués* et les pouvoirs *commis* : « Les députés au corps législatif sont non seulement représentants du peuple, mais encore représentants des pouvoirs du peuple, pour exercer un pouvoir *représentatif*, par conséquent *égal à celui du peuple*, tandis que les administrateurs ne sont représentants du peuple que pour exercer un pouvoir *commis*, un pouvoir subdélégué et subordonné » (10 août 1791, *Archives parlem.*, 1re série, XXIX, p. 323-330). Il est vrai que les deux orateurs arrivent à des conséquences différentes : Barnave admettait le caractère représentatif du roi; Rœderer, avec Robespierre, le niait.

La même idée est exprimée dans la constitution de 1793 : « Les administrateurs et officiers municipaux n'ont aucun caractère de représentation » (art. 12). La même distinction se trouve impliquée dans les art. 174 à 201 de la constitution de l'an III. Enfin l'affirmation du principe représentatif est particulièrement nette dans la constitution de 1848, à l'art. 20 : « Le peuple français *délègue* le pouvoir législatif à une assemblée unique » ; à l'art. 43 : « Le peuple français *délègue* le pouvoir exécutif à un citoyen qui reçoit le titre de président de la république ».

Nous avons dit plus haut que cette distinction des représentants et des agents était la clef de tout notre droit public positif, et qu'avec certaine modification et précision elle répondrait exactement à la réalité des choses. On sait déjà que cette idée de représentation appliquée à la souveraineté se heurte à des objections très graves, et que, comme l'a fait observer Rousseau, on s'explique difficilement comment la nation peut rester souveraine bien que la volonté de ses représentants se trouve substituée à sa propre volonté. Mais cette question reviendra plus loin, et pour le moment on accepte cette idée. Le point où la distinction française des représentants et des agents est imparfaite, c'est la répartition entre eux de l'activité publique. Si l'on prenait au pied de la lettre les dispositions précitées de la constitution de 1791, il semblerait que les agents ne peuvent faire que des actes matériels d'exécution. Il ne peut en être ainsi : ce qui est vrai, c'est que les agents ne peuvent procéder que par voie individuelle dans les limites fixées par voie générale par les représentants. Il faudrait qu'à l'inverse les représentants ne pussent que formuler des dispositions par voie générale. La distinction des représentants et des agents bien comprise vient répondre à un besoin de protection de l'individu contre la toute puissance de l'Etat. En effet, si les représentants peuvent entrer dans le domaine des relations individuelles, il n'y a aucune garantie contre leur arbitraire; car une voie de recours serait-elle organisée, le

dernier mot leur appartiendra toujours, parce qu'ils représentent la volonté souveraine de la nation. Leur rôle doit donc se borner à exprimer la règle générale par voie abstraite, à formuler la loi. Au contraire, les agents étant et pouvant être contrôlés, l'individu pourra être protégé contre leur intervention arbitraire. On attribuera donc aux agents compétence pour faire des actes individuels, mais une compétence rigoureusement définie. En un mot, cette distinction des représentants et des agents, pour être l'expression exacte de la réalité et répondre aux besoins sociaux, devrait être ce que nous avons appelé la distinction des *gouvernants* et des *agents* et que nous résumons ainsi : les gouvernants primaires ou leurs représentants, c'est-à-dire ceux qui détiennent la souveraineté ou ceux qui l'exercent pour eux, formulent la loi *normative* et créent la loi *constructive*, constatent ou créent le droit objectif, la protection des particuliers consistant dans le caractère général et abstrait de la règle de droit qu'ils édictent. Les agents interviennent dans le domaine du droit subjectif; la garantie des individus résulte alors du contrôle auquel les agents sont soumis et des liens hiérarchiques qui les unissent. Cf. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, 1903, p. 367.

La théorie française des organes de l'Etat se résume dans les trois points suivants : *a)* Il existe un organe direct suprême qui exprime la volonté même de la nation, support de la souveraineté originaire; *b)* il existe, suivant les époques, un ou plusieurs organes de représentation qui sont les mandataires de la nation et dont la volonté est comme la volonté même de la nation ; *c)* il existe des agents de l'État qui n'ont point le caractère représentatif, qui expriment une volonté qui est la leur en fait et en droit et qui peuvent faire au nom de l'Etat valablement des actes juridiques ou régulièrement des actes d'exécution matérielle, à la condition qu'ils interviennent dans les limites de la compétence qui leur est impartie par la loi et dans le but que la loi a eu en vue en leur donnant cette compétence.

Cette théorie, que, suivant une terminologie souvent employée, on peut appeler théorie du *mandat représentatif*, n'est pas sans doute inscrite dans nos lois constitutionnelles de 1875. Mais l'on ne saurait douter cependant qu'elle ne soit encore à la base de notre droit public. On sait que l'Assemblée de Versailles,

pressée d'achever une œuvre transactionnelle, n'a point voulu formuler de théorie générale, mais seulement édicter quelques dispositions organiques indispensables. On a cité plus haut les textes sur lesquels s'appuyait cette théorie, et on peut dire qu'elle fait partie de notre droit coutumier constitutionnel. D'ailleurs l'Assemblée de Versailles a voté deux textes qui cadrent parfaitement avec ces principes. C'est, d'une part, la loi dite du *septennat,* du 20 novembre 1873, qui porte que « *le pouvoir exécutif est confié...* » ; et, d'autre part, l'art. 13 de la loi du 30 novembre 1875, qui prohibe le mandat impératif, reproduction de dispositions similaires inscrites dans les constitutions de 1791 et de 1848 et considérées comme la conséquence du mandat représentatif donné par la nation-personne à l'assemblée qu'elle nomme.

50. Théorie allemande de l'organe juridique. — La théorie française du mandat représentatif est aujourd'hui critiquée particulièrement en Allemagne. On lui reproche surtout de créer un dualisme dans l'Etat et de ne point expliquer comment, la nation ayant une personnalité distincte de celle de l'Etat, il n'y ait cependant qu'une seule personne juridique qui commande et qui agisse, l'Etat. D'autre part, on fait observer qu'on comprend difficilement comment la nation peut donner un mandat à une personne qui n'existe que lorsque la nation l'a créée par son vote, et qui n'existe même que pour disparaître aussitôt, absorbée dans la personnalité de l'Etat. En effet, dit-on, tout mandat suppose deux personnes : une personne qui le donne, une personne qui le reçoit ; en admettant que la nation ait une personnalité, on aperçoit bien la personne mandant, on ne voit pas la personne mandataire ; car, au moment où la nation donnerait son mandat, elle n'existe pas encore ; elle n'existe que lorsqu'elle a été nommée et constituée et même, à ce moment, elle n'existe pas comme personne distincte, puisque la seule personne dont la volonté existe juridiquement, c'est la personne-Etat. Enfin l'argument de Rousseau contre la représentation reste toujours bien puissant : dire que la souveraineté de la nation est représentée, c'est dire qu'elle est aliénée ; pendant l'intervalle des élections, la volonté nationale est impuissante ; la volonté toute puissante est celle du représentant ; et cela est précisément le propre d'une aliénation de la souveraineté. C'est une plaisanterie de dire que la souveraineté n'est que déléguée et non aliénée parce qu'elle subsiste intacte en sa substance dans la nation ; elle est aliénée parce que, dans l'intervalle des élections, la nation ne peut ni

défaire, ni empêcher ce que font ses représentants. Que ces représentants soient un parlement ou soient un homme, il y a toujours aliénation de la souveraineté. Cf. J.-J. Rousseau, *Contrat social*, liv. II, chap. I et liv. III, chap. XV.

C'est pour échapper à ces objections, qui sont extrêmement fortes, que divers auteurs allemands et quelques auteurs français ont voulu appliquer à l'Etat la théorie juridique de l'organe, élaborée par M. Gierke pour les personnes collectives en général. Cette théorie est curieuse, parfaitement construite et paraît s'adapter exactement aux faits politiques du monde moderne. On ne la confondra pas avec les théories de sociologie biologique, qui l'ont peut-être suggérée, mais avec lesquelles cependant elle n'a de commun que le nom ; celles-ci partent de l'assimilation complète des sociétés aux organismes vivants ; celle-là est une construction purement juridique. Elle a été créée par M. Gierke, pour les personnes collectives en général (*Genossenschaftstheorie*, 1887), appliquée à l'Etat surtout par M. Jellinek (*Allgemeine Staatslehre*, 1900 et 2e éd., 1905), et suivie en France notamment par M. Saripolos, *L'élection proportionnelle*, 1899, M. Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité morale*, 1899. Elle est acceptée, sauf quelques réserves, par M. Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1906, p. 131 et suiv. Pour l'exposé et la critique de cette théorie, cf. Duguit, *Les gouvernants et les agents*, 1903, p. 26 et suiv.

On part de ce postulat que les collectivités réunissant certaines conditions de fait sont des personnes juridiques. Toute personne juridique, soit pour la création de ses droits, soit pour leur exercice, doit avoir une volonté, car là où il n'y a pas de volonté, il n'y a pas de droit effectif. Or de volonté réelle, il n'y en a que chez l'individu humain. Ce seront donc des individus humains qui exprimeront la volonté des personnes collectives. Cela posé, l'organe n'est pas autre chose que l'individu humain qui traduit à l'extérieur la volonté de la personne collective. L'organe, si l'on veut, est un représentant de la personne collective, mais il n'est point un mandataire. Le mandat implique l'existence de deux personnes, la personne du mandant et la personne du mandataire. La notion d'organe implique au contraire l'existence d'une seule personne, la personne collective agissant par ses organes. La collectivité sans ses organes n'est rien juridiquement. Le mandat fait naître un rapport entre le mandant et le mandataire ; entre la collectivité et l'organe, il n'y a point de rapport de droit, puisqu'ils ne forment qu'une seule et même personne. Il n'y a qu'une seule entité juridique, la collectivité organisée, la collectivité pensant et voulant par ses organes.

Il faut ajouter que tout individu ou groupe d'individus constitué organe d'une collectivité, soit directement par la loi, soit par une nomination faite conformément à la loi, présente un double caractère. Il est un organe et possède comme tel une certaine compétence ;

cela n'est point un droit subjectif de la personne-organe, mais seulement le pouvoir d'exercer les droits dont la personne collective est titulaire. En second lieu la personne constituée organe a un droit subjectif à être reconnue comme organe, et ce droit elle l'a contre tout le monde, contre la collectivité personne juridique, contre tous les individus pris séparément et dont l'ensemble forme la personne collective.

On a indiqué plus haut la différence théorique existant entre le mandataire et l'organe : le mandataire a une personnalité distincte de celle du mandant; la volonté qu'il exprime est sa propre volonté, et ce n'est que par représentation qu'elle est traitée comme la volonté du mandant, personne individuelle ou personne collective; l'organe en tant qu'organe n'a pas de personnalité distincte de celle de la collectivité; et c'est bien la volonté de la collectivité qu'il exprime directement. De cette différence théorique découlent des conséquences pratiques. Aucun rapport n'existe entre la collectivité et ses organes, entre l'Etat et ses organes; un rapport peut bien exister entre l'Etat et les individus supports de ses organes; mais ce rapport n'est point régi par les règles du mandat, et la responsabilité de l'individu support d'organe envers la collectivité, l'Etat ou une autre personne collective, ne doit doit point être assimilée à la responsabilité du mandataire envers son mandant. Lorsqu'un organe a fait un acte au nom d'une corporation, si les effets juridiques de cet acte sont en question, la corporation est seule partie intéressée et responsable; l'organe ne peut pas être mis en cause. C'est en vertu de la même idée qu'on explique la responsabilité délictuelle et même la responsabilité pénale des personnes collectives : si lorsque l'organe veut et agit, c'est véritablement la collectivité qui veut et agit, quand l'organe a commis une faute, c'est véritablement la personne collective qui a commis la faute, et par conséquent sa responsabilité délictuelle et même pénale peut être engagée. Cf. Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 1899.

Si l'organe se distingue du mandataire, l'un et l'autre doivent être soigneusement distingués du préposé. Le mandataire est celui qui fait un acte juridique pour une autre personne. Le préposé est celui qui accomplit pour le compte d'un autre un certain agissement, mais n'ayant pas le caractère d'acte juridique. Peu importe d'ailleurs le rapport de droit pouvant exister entre le préposant et le préposé : ce peut être un mandat, un louage de service, une gestion d'affaires. La qualité de préposé ne dérive pas de tel ou tel rapport de droit unissant le préposant et le préposé; elle résulte de ce fait qu'un individu accomplit un certain agissement, n'ayant pas le caractère d'acte juridique, dans l'intérêt d'une autre personne. Le mandataire fait au contraire un acte juridique pour une autre personne; il n'y a de mandataire qu'à cette condition. La même différence sépare l'organe et le préposé. L'organe est instrument de

vouloir et d'agir d'une personne collective. Or, dans la conception juridico-organique, les personnes collectives sont exclusivement des personnes juridiques; elles n'ont qu'un vouloir et un agir juridiques; elle ne peuvent faire que des actes juridiques. Un individu ou un groupe d'individus ne peut donc être l'organe d'une corporation ou de l'Etat, qu'en tant qu'il fait des actes juridiques. Tout individu qui accomplit au profit d'une corporation un agissement n'ayant pas le caractère d'acte juridique, n'agit pas comme organe de cette corporation, mais comme préposé. Tous les actes purement matériels, accomplis par les nombreux agents des collectivités politiques ou autres, par exemple par les agents de l'Etat, n'ont pas le caractère d'actes juridiques, et les agents qui les font ne sont pas des organes, mais des préposés de la personne collective et particulièrement de l'Etat. Comme le fait observer M. Jellinek, pour tous les actes qui n'ont pas le caractère d'actes juridiques, la personne collective, l'Etat lui-même, ne peut point s'approprier l'activité de l'individu. L'Etat peut provoquer, ordonner, diriger cette activité; mais cette activité reste proprement individuelle. Il en résulte que toutes les conséquences qui se rattachent à la qualité d'organe ne s'appliquent point ici. Cf. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2ᵉ édit., 1905, p. 252 et 546.

C'est surtout M. Jellinek qui, dans son ouvrage (*Allgemeine Staatslehre*, 2ᵉ édit., 1905, p. 526 et suiv.), a fait à l'Etat l'application de la théorie générale de l'organe juridique. L'Etat étant conçu par l'école allemande comme une corporation, il est logique de lui appliquer la théorie de l'organe corporatif. Tout d'abord une distinction fondamentale est faite entre les organes *directs* et les organes *indirects* de l'Etat. Dans tout Etat existent un ou plusieurs organes directs qui donnent sa forme à l'Etat. Ces organes sont appelés *directs* parce qu'ils dérivent directement de l'organisation constitutive de l'Etat. Ils existent directement par cela même qu'un Etat se constitue. Il n'y a personne à qui par suite de leur qualité d'organes ils soient subordonnés. Ils sont en réalité l'Etat lui-même; et, suivant l'expression de M. Jellinek, sans lui il n'y aurait qu'un néant juridique. La structure de ces organes directs a varié et peut varier à l'infini. Un homme peut être à lui seul l'organe de toute la puissance étatique. La monarchie absolue est le type d'Etat avec un organe individuel unique. Des collèges de personnes physiques peuvent former des organes directs. Ces organes directs collégiaux peuvent être l'assemblée du peuple, le corps électoral, le parlement. Comme on l'a déjà dit (§ 22) dans cette théorie de l'organe la nation cesse d'être une personne collective titulaire de la souveraineté originaire et inaliénable et devient un simple organe de l'Etat seul titulaire de la puissance politique. Quand un collège quel qu'il soit est organe de l'Etat, il n'y a pas autant de volontés qu'il y a de membres du collège; il n'y a qu'une volonté collégiale, et cette volonté *une* de l'organe collégial est directement la volonté de

l'Etat. Quant aux membres du collège-organe, ils sont eux aussi des organes ; ils sont organes de l'organe-collège, lequel est organe de l'Etat; et pour cette raison on appelle les individus composant les organes collégiaux, des *organes-parties*. Des corporations peuvent elles-mêmes être organes directs d'un Etat. Dans l'Etat fédéral, les Etats-membres, qui le composent, sont organes directs de l'Etat central.

Les organes directs sont ou des organes *de création* ou des organes *créés*. Un organe direct peut exister par cela seul que l'ordre juridique attribue directement à des individus ayant une certaine situation la qualité d'organes, par exemple la qualité de monarque à tel membre d'une famille, la qualité d'électeurs à tels citoyens. Mais il peut se faire qu'un organe ne puisse exister qu'au moyen d'un acte juridique spécial ayant pour objet la création d'un organe direct. L'organe naissant ainsi est un organe direct *créé*. Les personnes établissant par un acte de volonté des organes directs, forment un organe direct de *création*. Juridiquement aucun rapport n'existe entre l'organe créateur et l'organe créé.

L'organe créé est un organe direct; juridiquement il est complètement indépendant de l'organe créateur. L'organe créé n'est point un mandataire de l'organe créateur; il n'est même pas un organe de l'organe créateur, et ainsi l'organe direct créé se distingue de l'organe direct *secondaire*. Toute monarchie élective offre l'exemple d'un organe direct créé ; par exemple l'ancienne monarchie polonaise, le Saint Empire dont le chef était élu par les princes électeurs. Dans l'Eglise catholique, le pape élu par le collège des cardinaux, est un organe direct créé et complètement indépendant en fait et en droit du Sacré Collège, organe de création. Dans l'esprit de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le président de la république est un organe créé par les chambres réunies en assemblée nationale ; il est un organe direct créé, complètement indépendant en droit des chambres, organe de création. L'acte de création est en réalité une condition à l'arrivée de laquelle est subordonnée l'application de la loi organique, donnant la qualité et le pouvoir d'organe à tel individu ou à tel groupe d'individus. On comprend ainsi comment l'organe créé peut avoir des pouvoirs plus étendus que ceux de l'organe créateur, comment par exemple il n'est point illogique (contrairement à ce que l'on dit souvent) que notre président de la république, créé par le parlement, puisse dissoudre une partie du parlement, la chambre des députés ; il ne serait pas plus illogique qu'il pût aussi dissoudre le sénat.

Voisine de la distinction qui précède, mais cependant distincte d'elle, apparaît une autre classification des organes directs : les organes directs *primaires* et les organes directs *secondaires*. L'organe direct secondaire d'une corporation est l'organe direct d'un organe direct de cette corporation. L'organe direct secondaire de l'Etat est un organe direct d'un organe direct de l'Etat. Quand par suite de

sa nature propre ou de diverses autres circonstances, un organe direct de l'Etat ne peut exprimer sa volonté que par l'instrument d'un organe, celui-ci est un organe direct de l'organe direct de l'Etat, et organe direct secondaire de l'Etat. Conformément à la notion d'organe, la volonté de l'organe secondaire est la volonté même de l'organe direct dont il est l'organe. Ainsi l'organe secondaire est bien un organe direct de l'Etat, puisqu'il est l'instrument de volonté d'un organe direct; cependant il se distingue de l'organe direct primaire, puisqu'il est organe de celui-ci. On voit ainsi la différence qui d'après cette théorie sépare l'organe direct créé et l'organe direct secondaire. L'organe direct créé n'est point un organe de l'organe de création. D'ailleurs l'organe secondaire n'est point mandataire de l'organe primaire. Cependant il faut qu'il y ait autant que possible *adéquation* entre la volonté de l'organe primaire et celle de l'organe secondaire. Aux rapports de l'organe primaire et de l'organe secondaire, M. Jellinek rattache tout ce qu'on appelle improprement la représentation politique. Le parlement est un organe direct de l'Etat, mais un organe secondaire; sa volonté vaut comme volonté de l'organe primaire, en général le peuple, le corps électoral dont il est l'organe; et, dans cette conception, cela peut être vrai même d'un parlement non électif (cf. *infra*, § 53).

Enfin aux organes *directs primaires* ou *secondaires*, on oppose les organes *indirects*. Ce sont ceux qui ne reposent pas directement sur la constitution, mais résultent d'une commission individuelle à eux donnée. Les organes indirects sont toujours directement ou indirectement subordonnés à un organe direct et responsables vis-à-vis de lui. Cette subordination et cette responsabilité peuvent être limitées; elles peuvent être considérablement réduites, comme pour les agents judiciaires, mais elles existent toujours. L'activité de l'organe indirect est une activité dérivée. Par là on n'entend point que la compétence de l'organe indirect soit une concession d'une compétence appartenant à l'organe direct qui le constitue; mais on veut dire que, d'après leur origine, les organes indirects sont des individus qu'établit un organe direct pour exercer une certaine fonction étatique sous son autorité, son impulsion et sa direction. Des collectivités peuvent être organes indirects de l'Etat. Dans les Etats unitaires, mais décentralisés administrativement, les unités administratives locales décentralisées sont des organes indirects. On a vu plus haut qu'au contraire les Etats membres d'un Etat fédéral étaient des organes directs de cet Etat.

Cette distinction faite par la théorie juridico-organique entre les organes *directs* et les organes *indirects* est certainement analogue à la distinction faite en France entre les représentants et les agents.

Assurément, cette théorie juridique de l'organe échappe aux objections faites à la théorie du mandat représentatif. Elle maintient véritablement l'unité dans l'Etat et elle n'aboutit point à une alié-

nation de la souveraineté. L'Etat est et reste une personne corporative et indivisible, seul titulaire de la puissance publique; les gouvernants, les fonctionnaires, la nation, le parlement, le chef d'Etat sont des individus qui expriment la volonté de l'Etat; ce ne sont pas eux qui veulent et qui agissent; c'est l'Etat qui veut et agit par eux. Il y a entre eux et l'Etat une union intime et indissoluble, aussi étroite que celle de l'homme individuel et de ses organes. Tous les faits politiques modernes, et notamment l'irresponsabilité des chefs d'Etat et des parlements, la responsabilité directe de l'Etat vis-à-vis des particuliers s'expliquent facilement. Cette forme juridique nouvelle, l'*organe,* semble offrir ainsi un cadre à la fois assez résistant pour servir de fondement à une théorie juridique solide, assez souple et assez large pour comprendre les phénomènessi complexes et si divers du monde politique moderne.

Mais cette doctrine se heurte à une très grave objection. Les organes appelés directs sont, dit-on, donnés directement par l'organisation même de la corporation, par la constitution même de l'Etat; ils sont, ajoute-t-on, l'Etat lui-même et sans eux il n'y a pas d'Etat. Nous répondons : si ce sont là des organes, il faut qu'il y ait derrière eux une volonté dont ils soient les organes; ils n'existent comme organes que par cette volonté: mais cette volonté est une volonté collective qui n'existe elle-même que par ses organes. Finalement, est-ce la volonté de l'Etat qui existe par les organes, ou sont-ce les organes qui existent par la volonté de l'Etat? C'est là une impasse de laquelle on ne peut point sortir.

Ce n'est pas tout. Acceptons que les organes directs dérivent directement de la constitution. Cette constitution émane de l'Etat. Elle est une manifestation de la volonté de l'Etat; or, pour exprimer sa volonté, il faut à l'Etat, personne collective, au moins un organe. Donc les organes directs sont créés par l'organe de l'Etat qui a compétence pour faire la constitution. Mais l'organe constituant lui-même, d'où vient-il? Organe direct, il émane de la volonté de l'Etat; il sera lui aussi un organe créé par un autre organe. Et ainsi de suite. Où donc trouver l'organe véritablement direct et primaire, le premier organe de création? Nous n'apercevons que des organes créés et le vrai problème du droit public est de saisir l'organe vraiment créateur. La théorie juridico-organique le passe sous silence, et s'enferme ainsi dans un cercle vicieux. Cf. Duguit, *loc. cit.*, p. 51.

Finalement la théorie juridico-organique rencontre des objections aussi graves que celles faites à la théorie du mandat représentatif; il n'y a donc pas de raison pour abandonner cette dernière qui cadre seule avec les textes de nos constitutions.

La doctrine juridique de l'organe vient d'avoir une adhésion précieuse pour elle, celle de M. Michoud, qui, dans son beau livre (*Théorie de la personnalité morale*, 1906), l'adopte complètement, en faisant toutefois certaines précisions, qu'il a tout à fait raison

de faire, p. 131 et suiv., et pour les précisions, p. 138 et 139. M. Michoud nous fait l'honneur de discuter les objections que nous avons essayé de formuler contre la théorie ; et il écrit : « M. Duguit dit : pour créer l'organe, il faut déjà une volonté... L'objection ne porte pas. L'organe est considéré comme faisant partie essentielle de la personne morale ; il n'est pas créé par elle, il est créé en même temps qu'elle par les forces sociales qui ont produit sa naissance et en même temps déterminé sa constitution. Elle n'a existé juridiquement qu'au moment où elle a eu des organes. Le mode de nomination et les pouvoirs de ceux-ci ont été déterminés non par elle, mais par les premiers statuts, œuvre des personnes physiques ou morales préexistantes qui ont concouru à sa formation, ou, s'il n'y a pas de statuts, par les coutumes qui se sont peu à peu formées à l'intérieur de la collectivité » (p. 136). La réponse est ingénieuse et subtile. Nous croyons cependant qu'elle ne détruit pas notre objection, qui du reste ne visait que l'Etat. Considérons ici cependant et l'Etat et les personnes morales autres que l'Etat. Pour l'Etat, le raisonnement de M. Michoud se ramène à ceci : l'Etat naît spontanément muni d'organes, qui se constituent sous l'action de la coutume ; et précisant sa pensée dans la note 1 de la p. 137 : « En réalité la constitution de l'Etat n'est pas son œuvre ; elle est l'œuvre des forces qui, à un moment donné de son histoire, se disputent la direction politique. On ne doit considérer comme l'œuvre de l'Etat que les modifications constitutionnelles votées conformément à une constitution antérieure ». Que les constitutions des Etats s'établissent sous l'influence de forces sociales supérieures à la volonté des hommes, cela est vrai non seulement pour les Etats nouveaux qui se forment, mais aussi pour les Etats anciens qui se transforment ; et nous n'apercevons pas la raison de faire une distinction à cet égard entre la constitution primaire d'un Etat et les modifications ultérieures que reçoit cette constitution. Nous admettons bien l'existence de ces forces sociales ; mais ces forces qui enfantent le droit, le droit constitutionnel d'un Etat, sont incontestablement des forces humaines, et par conséquent des forces psychologiques. M. Michoud certainement ne dira pas que ce sont des forces physiques ou physiologiques uniquement. A ces forces psychologiques il faut une conscience, une volonté qui leur serve de support. Que ce soient les consciences et les volontés individuelles, nous le voulons bien ; mais il restera à expliquer comment ces consciences et ces volontés individuelles peuvent créer l'organe de vouloir de la personne collective Etat ; M. Michoud ne l'explique point et probablement ne pourra pas l'expliquer. Il reste donc que ces forces psychologiques ont pour support la volonté et la conscience collectives, c'est-à-dire de l'Etat et dès lors c'est par sa propre volonté que l'Etat s'est constitué à lui-même un organe. Il s'est donc constitué un organe par une volonté qui s'est manifestée sans qu'il y ait un organe, et nous voilà revenus à l'objection telle qu'elle a été précédemment formulée.

Pour les personnes morales autres que l'Etat nous admettons volontiers qu'on peut dire que l'Etat lui-même en les reconnaissant ou que les fondateurs en les créant, conformément à la loi, leur donnent des organes et qu'ainsi elles se trouvent investies d'organes au moment où elles naissent par une volonté qui n'est pas la leur. Mais il reste à expliquer comment une volonté ou plusieurs volontés individuelles peuvent ainsi constituer ces personnes morales organisées, ayant une existence propre, une réalité distincte de celle des individus qui les fondent. Cela est au reste tout le problème de la personnalité morale, que nous ne voulons point discuter ici et à la solution duquel M. Michoud, nous nous plaisons à le constater, a par son beau livre apporté une très remarquable contribution.

Pour d'autres critiques faites à la théorie juridique de l'organe, cf. Schlossmann, *Organ und Stellvertreter, Jahrbücher de Ihering*, XLIV, 1902, p. 300-301. Sur la théorie de l'organe, outre les auteurs déjà cités, cf. Preuss, *Ueber Organpersonlichkeit, Jahrbücher de Schmoller*, XXVI, 1902, p. 136.

A. *L'organe direct suprême.*

51. Le gouvernement direct. — En parlant d'organe direct suprême, nous voulons désigner la nation, titulaire de la souveraineté originaire, en tant qu'elle est organisée pour exprimer sa volonté. Il est matériellement impossible que tous les membres de la nation participent à l'expression de la volonté nationale. On a expliqué que le principe de la souveraineté nationale n'impliquait point le droit pour tous les membres de la nation de participer à l'exercice de la souveraineté (cf. *supra*, § 23). Chaque pays détermine ceux qui sont considérés comme étant les plus aptes à exprimer cette volonté; là, ce sont tous les individus mâles et majeurs sans condition de cens ou de capacité particulière; ici, on exige certaines conditions spéciales; là, tous les individus associés à la puissance politique n'ont chacun qu'une voix; ailleurs, le nombre des voix de chacun est variable. Peu importe : l'assemblée des individus exprimant la volonté nationale a toujours le même caractère; nous l'appelons le corps des citoyens ou plutôt le *corps*

électoral, parce que cette expression est la plus répandue, bien qu'elle ne soit pas toujours exacte comme on va le voir.

Le corps des citoyens n'est pas un organe au sens de la doctrine juridico-organique précédemment expliquée. Le corps des citoyens n'est pas davantage un corps représentatif de la nation. Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait que le corps des citoyens eût une existence distincte de la nation, et que la nation pût exprimer sa volonté autrement que par lui. On peut dire que le parlement est organe représentatif de la nation, parce que la nation exprime sa volonté par le parlement; mais elle pourrait l'exprimer autrement. Au contraire, on ne peut pas imaginer que la notion exprime sa volonté autrement que par le corps des citoyens. Dès lors, on comprend ce que nous voulions dire plus haut en disant que le corps des citoyens ou le corps électoral est la nation elle-même en tant qu'elle est organisée pour exprimer sa volonté. Comme dans la conception française la nation est titulaire de la souveraineté primaire, le corps des citoyens exprime directement la souveraineté primaire. Voilà pourquoi nous l'appelons l'organe direct suprême.

Cela posé on peut concevoir deux systèmes de gouvernement. La nation elle-même ou plus exactement le corps des citoyens exprime directement la volonté souveraine, en exerçant lui-même les diverses fonctions de l'Etat. Ce mode de gouvernement est, suivant une terminologie traditionnelle, appelé *gouvernement direct*. Au contraire, le corps des citoyens peut constituer un individu, ou plusieurs individus, ou un groupe d'individus, ou plusieurs groupes d'individus qui seront ses représentants, c'est-à-dire que la volonté qu'ils exprimeront sera considérée comme si elle était la volonté même du corps des citoyens, de la nation. Ce mode de gouvernement est appelé *gouvernement par représentation* ou *gouvernement représentatif*.

Le gouvernement direct dans sa plénitude implique

que le corps des citoyens exerce lui-même toutes les fonctions de l'Etat, la fonction législative, la fonction administrative et la fonction juridictionnelle. Mais il est une fonction qu'il est à peu près dans l'impossibilité absolue d'exercer, c'est la fonction administrative. Il est matériellement impossible que le corps des citoyens fasse lui-même tous les actes de cette fonction, et exerce l'action continuelle qu'implique sa mise en œuvre. Rousseau lui-même, l'apôtre du gouvernement direct, déclare qu'un gouvernement démocratique absolu, c'est-à-dire un gouvernement où toutes les fonctions publiques seraient exercées par le corps des citoyens, est impossible. « S'il y avait un peuple de dieux, il se gouvernerait démocratiquement » (*Contrat social*, liv. III, chap. IV). Dans les cités antiques, qui ont poussé le plus loin l'application du gouvernement direct, les fonctions administratives et la plupart des fonctions juridictionnelles étaient exercées par des magistrats institués par le peuple. La fonction juridictionnelle pénale fut à Rome exercée pendant longtemps par le peuple pour certaines infractions.

La fonction qui a été surtout exercée directement par le corps des citoyens est la fonction législative. On sait que dans les cités grecques et romaines, le vote direct de la loi par l'assemblée du peuple a été le mode normal et général de la confection des lois. A Rome, on trouve encore sous Auguste et sous Tibère des lois votées par les comices (Girard, *Manuel de droit romain*, p. 49).

Dans les Etats modernes le vote direct des lois par l'assemblée du peuple est en général matériellement impossible, à cause de la grandeur du territoire et du nombre de la population. C'est la raison qui a dû contribuer surtout à l'adoption du gouvernement représentatif. Il y a cependant en Europe quelques petits Etats où se pratique encore aujourd'hui le vote direct des lois par l'assemblée du peuple. Ce sont quelques

cantons suisses : Uri, Schwytz et Unterwalden. L'assemblée du peuple (*Landgemeinde*) se réunit sur la place publique à certaines époques, vote les lois, statue sur toutes les questions d'intérêt général et nomme les magistrats. C'est le gouvernement direct véritable. Il paraît remonter par une tradition ininterrompue jusqu'à la constitution des *civitates* germaniques décrites par Tacite.

Cf. Curti, *Le referendum*, édit. franç., 1905, surtout p. 307; J. Signorel, *Etudes de législation comparée sur le referendum législatif*, 1896, et surtout Ryffel, *Die schweizerischen Landsgemeinden*, 1904; Delpech, *Referendum et Landsgemeinde suisses*, *Revue du droit public*, 1906, p. 193; *Ibid.*, le texte de la const. d'Unterwalden-le-Haut, du 27 avril 1902, et du règlement sur la Landsgemeinde du 23 mars 1895.

Mais à l'époque moderne le gouvernement direct ainsi compris reste tout à fait une exception. Au contraire, une part très considérable a été faite en France à certaines époques et encore à l'étranger à une forme atténuée du gouvernement direct, qu'on a quelquefois même appelée le gouvernement *semi-représentatif* (Esmein, *Revue du droit public*, 1895, I, p. 15), et qui consiste essentiellement dans le système du *referendum*. Les lois sont discutées et votées par un parlement; mais elles n'ont l'autorité de lois et ne peuvent s'imposer à l'obéissance des citoyens que lorsqu'elles ont été approuvées par le corps des citoyens directement consulté. Le *referendum* se distingue très nettement du *plébiscite*. Le *referendum* est une part faite au gouvernement direct; le plébiscite tend au contraire à établir un gouvernement représentatif; c'est l'acte par lequel le peuple délègue la souveraineté à un homme et le charge parfois, en outre, de faire une constitution. Le vote du 20 décembre 1851, chargeant le Prince Louis-Napoléon de faire une constitution sur les cinq bases de la proclamation du 2 décembre, était un plébiscite et non un *referendum*.

Du *referendum* doit aussi être distingué le *veto* populaire, qui s'en rapproche cependant. Au cas de *veto*

populaire, la loi est votée par le parlement qui lui donne lui-même la force de loi ; mais dans un certain délai déterminé par la constitution, et sur une initiative dont l'exercice est aussi déterminé par la constitution, le peuple peut être directement consulté sur le point de savoir s'il ne s'oppose pas à l'application de la loi. Le veto populaire équivaut à ce qu'on appelle quelquefois le referendum facultatif. Parfois on a usé de ce que l'on appelle le *referendum* consultatif. Ce n'est plus une loi faite que l'on soumet à la ratification populaire ; c'est une loi à faire dont on soumet le principe au peuple, pour éclairer le parlement et, si le principe de la loi est adopté, pour donner plus d'autorité à la loi qui sera faite. Enfin certains pays, notamment des cantons suisses, ont fait une part à l'initiative populaire : lorsqu'une proposition de loi réunit un certain nombre de signatures, le corps législatif est régulièrement saisi et doit délibérer sur la proposition due à l'initiative populaire.

Que faut-il penser de ces différents systèmes faisant une part au gouvernement direct du peuple ? A notre estime ils présentent de sérieux avantages. Assurément le gouvernement direct pur est impraticable dans les grands pays modernes. On l'a dit et répété. Assurément aussi un corps législatif composé d'hommes instruits et distingués est plus compétent pour discuter et voter les lois que le peuple lui-même. Mais nous pensons cependant que si le gouvernement direct véritable est impossible, le système du *referendum* peut être utilement pratiqué. De deux choses l'une, ou la volonté de la nation est une réalité, ou elle est une chimère. Si elle est une réalité, le but à atteindre est évidemment d'établir une concordance aussi complète que possible et permamente entre l'assemblée qui vote les lois et la volonté nationale au moment où telle loi est votée. Or le moyen qui paraît le plus simple pour réaliser cet objet, c'est de soumettre, toutes les fois qu'il peut y avoir un doute sur cette concordance, le texte de la loi au corps des citoyens. La durée des législatures doit évidemment être de quelques années. La durée de quatre ans fixée par la loi française du 30 novembre 1875 (art. 15) paraît être heureusement choisie. Une durée plus courte rendrait très difficile le travail parlementaire. Et cependant quand un parlement est aux affaires depuis déjà trois années, par exemple, peut-on affirmer qu'il représente exactement la volonté nationale ?

M. Esmein, qui, dans ses *Eléments de droit constitutionnel*, a

écrit un véritable réquisitoire contre toutes les formes possibles du gouvernement direct, dit que le système est surtout mauvais parce que « l'on soumet aux votes du peuple une loi tout entière, un bloc indivisible, que dans ces conditions le vote n'est plus libre, le votant étant souvent pris dans cette alternative ou de repousser une loi qu'il croit bonne dans son principe, à raison de telle disposition qu'il juge inadmissible, ou d'admettre cependant cette disposition pour ne pas repousser la loi tout entière » (p. 315). Cela est exact; mais le membre du parlement qui doit voter sur l'ensemble d'une loi se trouve identiquement dans les mêmes conditions; cette situation n'est donc pas spéciale aux membres de l'assemblée du peuple à laquelle est soumise une loi. D'autre part l'inconvénient signalé par M. Esmein ne nous paraît pas suffisant pour faire écarter le système du referendum, qui incontestablement présente des avantages considérables. D'ailleurs le moyen d'apprécier la valeur du *referendum*, c'est de voir quels résultats il produit dans les pays où il fonctionne. Cf. Duthoit, *Le suffrage de demain*, 1901; Delpech, *Revue du droit public*, 1905, p. 372; Klein, *Il referendum legislativo*, 1905; Schwartz, *Das Volksstimmenhaus*, *Zeitschrift de Grünhut*, 1906, p. 403.

On sait que d'après Rousseau, la représentation constituait véritablement une aliénation de la souveraineté et qu'un peuple n'était libre qu'à la condition qu'il votât lui-même ses lois. Rousseau ne proscrivait point les assemblées délibérantes composées des élus du peuple. Mais elles ne pouvaient, d'après lui, qu'arrêter un projet, lequel ne pouvait devenir loi que par le vote du peuple. Le passage est célèbre : « La souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée. Elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté générale ne se représente point; elle est la même ou elle est autre; il n'y a point de milieu. Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses *représentants*; ils ne sont que ses *commissaires*; ils ne peuvent rien conclure définitivement. *Toute loi que le peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle : ce n'est point une loi.* Le peuple anglais pense être libre; il se trompe fort; il ne l'est que durant l'élection des membres du parlement : sitôt qu'ils sont élus il est esclave, il n'est rien » (*Contrat social*, liv. III, chap. xv. Rap. liv. II, chap. I).

On a quelquefois cité un passage de l'*Esprit des lois* qui semblerait prouver que Montesquieu était aussi partisan du gouvernement direct : « Le peuple, qui a la souveraine puissance, doit faire par lui-même tout ce qu'il peut bien faire et ce qu'il ne peut pas bien faire, il faut qu'il le fasse par ses ministres » (Liv. II, chap. II). M. Esmein fait justement observer que Montesquieu n'entendait point exprimer là un principe général, mais que dans ce chapitre intitulé *du gouvernement républicain et des lois relatives à la démocratie*, il voulait seulement exposer le système des démocra-

ties antiques qui ne connaissaient point le gouvernement représentatif. C'est en ce sens qu'il disait plus loin : « C'est encore une loi fondamentale de la démocratie que le peuple seul fasse les lois ». Malgré ces passages on a parfaitement raison de considérer Montesquieu comme un adversaire du gouvernement direct et un partisan du gouvernement représentatif. Ce parait bien être au célèbre chapitre VI du livre XI que Montesquieu a décrit, à propos de la constitution d'Angleterre, le mode de gouvernement qu'il considère comme le meilleur. Or on y lit : « Comme dans un Etat libre tout homme qui est censé avoir une âme libre doit être gouverné par lui-même, il faudrait que le peuple en corps eût la puissance législative; mais comme cela est impossible dans les grands Etats et est sujet à beaucoup d'inconvénients dans les petits, il faut que le peuple fasse par ses représentants tout ce qu'il ne peut faire par lui-même... » Et encore : « Il y avait un grand vice dans la plupart des anciennes républiques; c'est que le peuple avait droit d'y prendre des résolutions actives et qui demandent quelque exécution, chose dont il est entièrement incapable. Il ne doit entrer dans le gouvernement que pour choisir ses représentants, ce qui est très à sa portée. Car s'il y a peu de gens qui connaissent le degré précis de la capacité des hommes, chacun est pourtant capable de savoir, en général, si celui qu'il choisit est plus éclairé que la plupart des autres ». V. des idées analogues dans de Lolme, *La constitution de l'Angleterre*, liv. II, chap. V, p. 252, Paris, 1819. Il est probable que si Montesquieu avait vécu au commencement du XXe siècle il n'aurait pas écrit cette phrase; il aurait vu en effet que le peuple ne sait point choisir les plus éclairés, que dans ses choix il se décide souvent par des considérations tout à fait étrangères à la capacité de ceux qui sollicitent ses suffrages et que peut-être il serait plus apte à voter de bonnes lois qu'à choisir pour le représenter les plus éclairés et les plus dignes.

L'influence de Montesquieu était prépondérante à l'Assemblée nationale de 1789. Aussi voulut-on organiser un gouvernement représentatif. « La constitution française est représentative » (Const. 1791, tit. III, préamb., art. 2). On ne fit aucune part au gouvernement direct. Ce n'est pas cependant que la proposition n'en ait pas été faite. Dès le mois de septembre 1789, Pétion, Rabaud Saint-Etienne, Dupont de Nemours proposent « que lorsque le *veto* du roi sera opposé, la loi elle-même soit soumise aux assemblées primaires, qui répondront par *oui* ou par *non* ». Mais cette proposition ne fut point prise en considération (*Archiv. parl.*, 1re série, VIII, p. 571 et 573). Plus tard, le 30 août 1791, au moment où l'on procède à la revision et au vote définitif de la constitution, Malouet demande que la constitution qu'on vient de voter « soit soumise à l'acceptation libre de la nation ». Mais cela provoque une grande indignation dans l'Assemblée. « Notre constitution, s'écrie Lechapelier, est acceptée par les quatre-vingt-dix-neuf centièmes de la nation et je ne dis pas assez » (*Ibid.*, XXX, p. 64).

Mais au contraire à la Convention les idées de Rousseau ont la prépondérance, et l'on veut faire une large part au gouvernement direct du peuple. D'abord il est un point sur lequel on est unanime, c'est que les lois constitutionnelles ne peuvent être votées définitivement par l'assemblée, qui ne peut faire qu'un projet et qu'elles ne sont définitives qu'après avoir été soumises à l'approbation du peuple directement consulté. C'est ce procédé qui a été suivi par les conventions des Etats-Unis de l'Amérique du Nord : l'exemple s'impose ; la France a elle aussi une convention ; la constitution qu'elle fera sera, comme les constitutions américaines, soumise à l'approbation du peuple. C'est aussi la conséquence forcée du caractère qu'on attribue à la constitution. Toujours sous l'influence décisive de Rousseau, on voit dans une constitution un véritable contrat social ; les clauses de ce contrat peuvent être proposées par les élus du peuple ; mais ce contrat ne peut être définitif que s'il est accepté par le peuple. Cette idée était peut-être vraie en Amérique où des Etats nouveaux se créaient, et où dès lors les constitutions pouvaient être considérées comme les pactes sociaux qui leur donnaient naissance. Mais il n'en était point ainsi en France ; celle-ci existait comme Etat depuis des siècles ; la loi constitutionnelle était une loi comme une autre, qui organisait le gouvernement ; on pouvait lui donner plus de solennité, la voter dans des conditions particulières ; mais si le *referendum* n'était pas nécessaire pour les lois ordinaires, il ne l'était pas davantage pour les lois constitutionnelles. Cependant l'idée de pacte constitutionnel était dans beaucoup d'esprits. Dès le 21 septembre 1792, Couthon disait à la Convention : « Nous sommes appelés de toutes les parties de l'empire pour rédiger un projet de contrat social ; je dis projet car je pense bien qu'il n'y aura qu'un vœu pour soumettre à la sanction du peuple toutes les dispositions de la constitution ». Le même jour Danton disait : « Il ne peut exister de constitution que celle qui sera textuellement, nominalement, acceptée par la majorité des assemblées primaires ». Et Cambon « rend hommage au grand principe développé par le citoyen Danton, à savoir que les représentants du peuple français n'ont d'autre pouvoir que de faire un projet de constitution » (*Moniteur*, Réimpression, XIV, p. 6 et 7). Le 21 septembre 1792 en effet la Convention vote à l'unanimité la résolution suivante : « Il ne peut y avoir de constitution que celle qui est acceptée par le peuple ». Conformément à ce principe les constitutions de 1793 et de l'an III furent soumises à l'approbation populaire.

Mais la Convention ne se contenta pas de déclarer que toute loi constitutionnelle devait être approuvée par le peuple, elle voulut aussi, toujours sous l'influence de Rousseau, faire participer le peuple à la confection des lois ordinaires. Le comité qui prépara le projet de constitution connu sous le nom de *constitution girondine* reconnut qu'il était impossible de soumettre toutes les lois à l'ap-

probation populaire ; mais il proposa un système assez compliqué qui se résumait en un droit d'*initiative* et un droit de *veto* populaires. V. le titre VIII du projet de constitution girondine intitulé : *De la censure du peuple sur les actes de la représentation nationale et du droit de pétition ;* Duguit et Monnier, *Les constitutions de la France*, p. 55; et le rapport de Condorcet, *Moniteur*, Réimpression, XV, p. 456 et suiv.

On sait que le projet de constitution girondine, entraîné dans la chute de ses auteurs, ne fut jamais voté. La constitution montagnarde de 1793 voulut aussi assurer la participation du peuple à la confection des lois. Elle distingue les *décrets* et les *lois* et déclare que le corps législatif rend des décrets et propose des lois (art. 53); elle énumère les matières qui doivent faire l'objet des décrets (art. 54 et 55). La loi est proposée par le corps législatif et votée par le peuple : voilà le principe. Mais en fait la constitution de 1793 organise un *veto* populaire plutôt qu'un véritable *referendum*. Si quarante jours après l'envoi dans les communes de la loi proposée par le corps législatif, dans la moitié des départements plus un le dixième des assemblées primaires de chacun d'eux n'a pas réclamé, le projet est présumé accepté et devient *loi*. S'il y a réclamation, le corps législatif convoque les assemblées primaires qui votent alors sur le texte de la loi (art. 58-60). La constitution de 1793 accordait aussi au peuple un certain droit d'initiative en matière de revision constitutionnelle : « Si dans la moitié des départements plus un, le dixième des assemblées primaires de chacun d'eux, régulièrement formées, demandent la revision de l'acte constitutionnel..., le corps législatif est tenu de convoquer toutes les assemblées primaires... pour savoir s'il y a lieu à une convention nationale » (art. 115). On sait que cette constitution de 1793 n'a point été appliquée.

Depuis on n'a jamais appliqué en France le système du *referendum* qu'en matière constitutionnelle. Mais il a été complètement déformé. Cf. pour les détails, *infra*. § 148, *De l'établissement et de la revision des lois constitutionnelles de 1789 à 1875.*

L'art. 6 de la constitution de 1852 et l'art. 13 de la constitution de 1870 portaient que le président de la république d'abord, l'empereur ensuite « est responsable devant le peuple auquel il a toujours le droit de faire appel ». Ni l'étendue de cette responsabilité ni la forme de cet appel au peuple n'étaient déterminées, et Napoléon III n'y eut point recours. M. Esmein (p. 327) fait observer qu'aucune limitation n'étant apportée à ce droit, Napoléon aurait pu, à propos d'une mesure quelconque, d'un conflit quelconque avec les chambres, s'adresser à la nation par un *referendum* consultatif.

L'Assemblée de 1871, entièrement dominée par l'idée de gouvernement représentatif, ne songea pas un instant à soumettre à un referendum les lois constitutionnelles qu'elle votait. La proposition

lui en fut faite cependant, conformément à la tradition révolutionnaire, par M. Naquet (Séance du 28 janvier 1875, *Annales de l'Assemblée nationale,* XXXVI, p. 338).

Les Etats-Unis sont en quelque sorte la terre classique des referendum constituants. Cependant sur les treize Etats qui formèrent l'Union originairement deux seulement, le Massachussets (1778-1780) et le New-Hampsire (1779-1784) soumirent leur constitution à un vote populaire. Mais on peut dire que c'est aujourd'hui un principe reconnu dans tous les Etats de l'Union américaine qu'en matière constitutionnelle le peuple doit être directement consulté. On peut résumer ainsi la pratique en général suivie dans les Etats américains. Pour la revision totale d'une constitution, le peuple doit être consulté sur le principe même de la revision; et s'il le vote la revision est faite par une convention et son œuvre soumise à un referendum. La revision partielle (les *amendements* suivant l'expression américaine) est faite par la législature elle-même; mais elle doit être ratifiée par le peuple directement consulté.

Le referendum est aussi pratiqué dans certains Etats américains pour les lois ordinaires, notamment pour les lois financières, et pour les lois électorales. La constitution du South-Dakota de 1898 a établi l'initiative populaire et le referendum facultatif pour toutes les lois.

En dehors des cas où les constitutions exigent ou permettent le referendum, certaines législatures ont essayé d'introduire le referendum de ratification. Les cours suprêmes de certains Etats ont déclaré ce referendum inconstitutionnel. Les législatures de beaucoup d'Etats pratiquent le referendum consultatif, c'est-à-dire consultent le peuple sur le principe même d'une loi avant de la voter. La constitutionnalité de cette sorte de referendum n'a point été contestée.

Pour la législation fédérale, le referendum n'est point pratiqué. La constitution fédérale elle-même n'a point été soumise à l'acceptation du peuple américain, mais seulement à l'acceptation des législatures des Etats. Aux termes de l'art. 5 de la constitution, les amendements sont votés par une convention et entrent en vigueur lorsqu'ils ont été ratifiés par les législatures ou les conventions suivant les cas des trois quarts des Etats. Cons. sur le referendum aux Etats-Unis, Oberholtzer, *The referendum in America*, 2e édit., 1900; Bryce, *La République américaine*, édit. franç., II, p. 73 et suiv.

Le droit constitutionnel de la Suisse et des cantons fait une large place au referendum et à l'initiative populaire. La constitution suisse du 20 mai 1802 a été proposée par une assemblée de notables et votée par le peuple. Aux termes de la constitution fédérale de 1848, toute constitution nouvelle, toute modification à la constitution doit être approuvée par le peuple. De plus le peuple reçoit un certain droit d'initiative en matière constitutionnelle. Le peuple sert d'ar-

bitre lorsqu'un conflit s'élève entre les deux parties de la législature fédérale sur le principe de la revision. D'autre part, depuis 1891 la revision peut avoir lieu par la voie de l'initiative populaire, qui consiste en une demande présentée par 50.000 citoyens suisses, ayant droit de vote. La demande peut revêtir la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou celle d'un projet rédigé. Si les chambres adoptent ce projet, elles le votent et le soumettent au referendum ; si elles ne l'acceptent pas, la question de revision partielle est soumise à la votation populaire ; si la revision est votée, l'assemblée fédérale y procède en se conformant au vote populaire (art. 118, 119 et 121 de la constitution suisse revisée en 1891).

Pour les lois fédérales non constitutionnelles, le referendum est seulement facultatif ; elles doivent être soumises au vote du peuple si la demande en est faite par 50.000 citoyens ou par huit cantons (Constitution suisse de 1874, art. 89). Le 7 mars 1906, le conseil fédéral suisse a déposé un projet de revision de la constitution fédérale dans le sens de l'introduction de l'*initiative populaire législative*. Il serait inséré dans la constitution plusieurs articles nouveaux, notamment un art. 93 *bis* dont le § 1 serait ainsi conçu : « Cinquante mille citoyens suisses actifs ou huit cantons ont le droit de réclamer l'élaboration, la modification ou l'abrogation d'une loi fédérale ainsi que la modification ou l'abogation d'un arrêté fédéral d'une portée générale. Il n'est donné suite à l'initiative que si l'assemblée fédérale déclare qu'elle n'est contraire ni à la constitution fédérale ni aux obligations imposées par les traités » (*Journal de Genève*, 8 et 10 mars 1906).

Pour les cantons, le referendum est devenu le droit commun et M. Keller a pu écrire : « Le pouvoir législatif du peuple est en vigueur aujourd'hui dans tous les cantons suisses, à l'exception de Fribourg, sous la forme de referendum obligatoire ou facultatif » (*Das Volksinitiative*, thèse Zurich, 1889). On trouvera dans ce livre l'état de la législation sur ce point dans tous les cantons en 1889. Pour les modifications survenues depuis, consulter la série des *Annuaires de législation étrangère*, publiés par la Société de législation comparée. Pour l'histoire du referendum en Suisse, consulter Curti, *Le referendum*, édit. franç., 1905.

De ce court examen il résulte que l'intervention du peuple en matière législative par voie de referendum a une tendance certaine à gagner du terrain. Chose curieuse, le referendum est à la fois prôné par des radicaux et des conservateurs. La chose s'explique si l'on remarque, d'une part qu'il est théoriquement l'application logique des principes démocratiques, et d'autre part qu'en Suisse et en Amérique il a eu pour résultat d'arrêter des lois à tendances avancées. Ainsi

le système du referendum aurait ce double avantage d'assurer l'application des principes démocratiques et de former un contrepoids aux réformes parfois téméraires des parlements. On dit, il est vrai, que si le referendum n'a pas fait beaucoup de mal, il a empêché beaucoup de bien (Esmein, *loc. cit.*, p. 345). Il faudrait le démontrer; il nous semble qu'on ne le fait point en citant quelques projets de lois qui ont été repoussés comme le projet de loi sur l'armée en 1895. Il faudrait établir qu'en effet tel ou tel projet de loi repoussé aurait été d'une très grande utilité. On est plus dans le vrai quand on dit que le peuple suisse lui-même paraît se désintéresser de ces votes continuels, et qu'en France il en serait de même, que le système du referendum, s'il était appliqué, n'aurait d'autre résultat que de provoquer des luttes bruyantes et de faire le jeu des politiciens de village. C'est possible, mais c'est une critique de nos mœurs politiques et point de l'institution que nous persistons à considérer comme bonne en soi.

En France actuellement, sous l'application des lois constitutionnelles de 1875, le parlement pourrait-il constitutionnellement décider qu'une loi votée par lui sera soumise au *referendum*? La question s'est posée en 1901 pour la loi sur les associations. Le 29 mars 1901, M. Cunéo d'Ornano faisait la proposition suivante : « Avant sa promulgation comme loi de l'Etat, la présente loi sera soumise au peuple par voie de *referendum*, conformément aux articles 19 et 20 de la constitution du 24 juin 1793 ». La proposition fut repoussée comme inconstitutionnelle par la question préalable (*J. off.*, 30 mars 1901, Chambre, p. 1032).

Nous estimons que cette proposition était en effet inconstitutionnelle et que le parlement violerait la constitution en ordonnant un referendum de ratification. Les auteurs de la proposition de referendum disaient : Assurément, les lois constitutionnelles de 1875 ne parlent pas du *referendum;* mais elles ne l'interdisent point; tout ce qui n'est pas défendu est permis; rien ne s'oppose donc constitutionnellement à ce que le parlement ordonne un *referendum* de ratification. A cela nous répondrons : Sans doute la constitution ne prohibe pas expressément le referendum; mais elle décide (L. const. 25 février 1875, art. 1, § 1) que « le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, la chambre des députés et le sénat ». Or, en décidant que le texte d'une loi sera soumis à la ra-

tification populaire, le parlement décide que le pouvoir législatif sera exercé par le parlement et par le corps des citoyens; il viole donc directement l'art. 1, § 1 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. Le raisonnement, au point de vue du droit strict, nous paraît sans réplique. Cf. en ce sens Esmein, *loc. cit.*, 3[e] édit., p. 289.

Mais au contraire nous estimons que l'une des chambres et assurément le parlement pourraient ordonner un referendum consultatif, c'est-à-dire décider que le corps électoral sera consulté sur le principe de tel projet de loi, la liberté des chambres restant d'ailleurs entière en droit. M. Esmein reconnaît qu'ici la « lettre de la constitution n'est pas prohibitive », mais il estime que « l'esprit de la constitution n'est pas douteux et que ce procédé n'est pas moins contraire que le premier au génie du gouvernement représentatif » (p. 289).

De tout ce qu'a écrit M. Esmein sur cette question, il semble ressortir que dans sa pensée le génie du gouvernement représentatif consiste essentiellement dans l'absorption de la volonté nationale par l'oligarchie parlementaire. Cette conception n'est pas pour déplaire aux politiciens de profession. Nous nous faisons une autre idée du régime représentatif, et nous croyons que tous les procédés propres à assurer la conformité exacte et constante de la volonté parlementaire à la volonté nationale sont excellents et conformes à l'essence même du régime représentatif, que ces procédés devraient être consacrés par nos lois constitutionnelles et peuvent être régulièrement et utilement pratiqués quand ils ne sont pas interdits par la constitution. Cf. Signorel, *Etude de législation comparée sur le referendum législatif*, 1896; Delpech, *Revue du droit public*, 1905, p. 372; Raiberti, *Discours* à la chambre des députés, 3 juillet 1905, demandant le retrait de l'urgence de la loi sur la séparation des Eglises et de l'Etat, pour qu'il puisse être procédé à un referendum consultatif, *J. off.*, Chambre, 1905, p. 2680. Rap. *Projet* de résolution présenté par MM. Vaillant et Allard, tendant à déclarer qu'il y a lieu de reviser la constitution et d'instituer le droit d'initiative populaire et le referendum obligatoire, 28 mai 1903, *J. off.*, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 1903, p. 501. *Rapport* de M. Mas (déposé le 2 juillet 1903) concluant, au nom de la 7[e] commission d'initiavive, à la prise en considération, *J. off.*, *ibid.*, p. 1029.

52. Le gouvernement représentatif. — Dans la plupart des pays modernes, la nation exerce sa souveraineté dans ses diverses manifestations par des représentants. Suivant l'expression aujourd'hui consacrée, le gouvernement est représentatif.

A un point de vue tout à fait général, il y a représentation toutes les fois que les manifestations d'une

volonté sont considérées comme ayant la même valeur et produisant les mêmes effets que si elles émanaient d'une autre volonté. Dans les rapports privés s'est lentement élaborée une théorie juridique de la représentation sous l'influence des besoins pratiques. Un acte juridique fait par un représentant produit les mêmes effets de droit que s'il était fait par le représenté. Cette représentation se produit soit qu'il y ait mandat, gestion d'affaire ou constitution d'organe juridique, soit que la représentation ait été créée par la loi. Habituellement le représentant a charge d'une certaine responsabilité vis-à-vis le représenté ; cette responsabilité n'a pas pour cause la représentation en soi, mais le rapport de droit contractuel ou légal existant entre le représentant et le représenté.

Dans les rapports politiques modernes, l'idée de représentation se résume en ceci : les manifestations de volonté émanant de certains individus ou de certains groupes d'individus ont la même force et produisent les mêmes effets que si elles émanaient directement de la nation. Mais, de même que dans les rapports privés on a cherché et trouvé derrière la représentation un rapport de droit légal ou conventionnel, mandat, gestion d'affaire, de même, dans les rapports publics, on a aussi cherché un rapport de droit et on a essayé de faire la construction juridique du fait politique de la représentation. Sur ce point encore notre droit positif français contient une théorie complète.

Avant de l'exposer il n'est pas inutile de donner quelques indications historiques sur le fait politique de la représentation. On dit assez souvent qu'il y a là un fait propre à l'époque moderne. Cela n'est pas exact. Il n'y a de propre à notre époque que les constructions juridiques plus ou moins artificielles, qu'on a essayé de faire de la représentation politique. L'idée de la représentation n'était point inconnue de l'antiquité grecque et romaine. Sans doute la loi est votée directement par l'assemblée du peuple. Mais partout où l'intervention directe du peuple est exclue par la nature des choses, apparait la conception de la représentation. Les actes des magistrats sont considérés, indépendamment de toute théorie

juridique, comme des actes du peuple. Cette représentation du peuple par ses magistrats apparaît surtout d'une manière très nette au moment de l'établissement du principat que Mommsen caractérise ainsi : « Comme la république antérieure, le principat se fonde sur la souveraineté du peuple. Les pouvoirs de l'Etat n'exercent pas un droit propre ; ils exercent tous par représentation les droits du peuple ; le prince lui-même n'est rien de plus qu'un magistrat » (*Droit public romain*, édit. française, 1895, V, p. 6). L'idée dominante est bien celle-ci : l'empereur reçoit de la *lex regia* un mandat à lui donné par le peuple et devient ainsi le *représentant* du peuple. Quand les comices ne se réunissent plus, le sénat acquiert lui aussi un rôle représentatif qui est indiqué dans le texte bien connu de Pomponius : « Deinde quia difficile plebs convenire cœpit... necessitas ipsa curam reipublicæ ad senatum deduxit » (L. 2, § 9, D., *De origine juris*, I, 2 ; Rap. *Instit*, I, II, 5). L'idée de représentation apparaît aussi dans le caractère de certains magistrats, notamment du préfet du prétoire et des présidents de province, dont les actes sont considérés comme émanant de l'empereur (Ulpien, L. 1, pr. D., *De officio procuratoris Cæsaris*, I, 19). Cf. Mommsen, *Droit public romain*, édit. franç., 1895, V, 429. Juristes avant tout, les Romains rattachèrent cette représentation au contrat de mandat ; et ils créaient ainsi cette théorie du mandat de droit public qui devait occuper une place si grande, trop grande à notre estime, dans le droit public moderne.

Au moyen-âge, l'idée de représentation du pouvoir politique disparaît. On a voulu voir cependant dans les assemblées réunies par les chefs germaniques, et par les rois francs ensuite, les origines lointaines des parlements modernes. Cf. Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XI, chap. VIII. Il n'en est rien. Les assemblées dont parle Tacite (*Germania*, chap. XI) paraissent avoir été des assemblées générales du peuple exerçant véritablement un gouvernement direct. Quant aux assemblées réunies par les premiers rois mérovingiens, elles ne paraissent avoir été que des revues militaires. A la fin de l'époque mérovingienne et sous les Carolingiens, existent des *placita* où les grands laïques et ecclésiastiques viennent avec une foule d'hommes ; venir au *placitum* est pour eux une obligation et non pas un droit. Les évêques et les comtes forment un conseil consultatif du roi : on ne consulte point la foule. Du jour où les évêques et les comtes deviennent indépendants, ces réunions changent de caractère naturellement ; le roi, au lieu de les consulter, traite avec elles. Dans tout cela, on ne voit aucune trace d'un système représentatif. Cf. Fustel de Coulanges, *La monarchie franque*, 1888, p. 63 et suiv. ; *Les transformations de la royauté pendant l'époque carolingienne*, édit. Jullian, 1892, p. 356 et suiv. ; Esmein, *Cours d'histoire du droit français*, 2e édit., 1895, p. 73. Les éléments d'un régime représentatif n'apparaissent qu'au moment où se constitua en Angleterre le parlement et où en France se régula-

risa l'institution des états généraux. Comme type de réunion des états généraux on peut citer celle de Tours de 1484, où on affirma que la puissance souveraine réside dans le peuple, le peuple *donateur du pouvoir*, suivant l'énergique expression de Philippe Pot; le peuple ce sont les états généraux; ils peuvent désigner le roi, qui n'est au fond que le délégué du peuple exprimant sa volonté par la voix des états (*Journal de Jean Masselin*, discours de Philippe Pot, *Documents inédits de l'histoire de France*, 1835, p. 149). Toutefois la notion d'une représentation de la nation entière par des états généraux constitués en assemblée une et nationale n'est point entrée dans les esprits; elle ne sera comprise et réalisée qu'en 1789. Les états généraux sont une assemblée des représentants des trois ordres de la nation; chacun de leurs membres représente uniquement le collège électoral qui l'a élu; il est lié par les instructions que lui a données ce collège, auquel il doit rendre compte. Il y a bien représentation, mais pas telle que nous la comprenons aujourd'hui.

L'Angleterre est certainement arrivée plus tôt que la France à la conception moderne de la représentation politique, bien qu'elle n'ait jamais eu et qu'elle n'ait pas même encore aujourd'hui, au delà de la Manche, le caractère que lui donne notre droit public. Dès le XVIe siècle, le parlement, comprenant la chambre des communes et l'assemblée des pairs laïques et ecclésiastiques, devient un organe supérieur du pays tout entier. L'ancienne conception, d'après laquelle les comtés, les villes, les bourgs sont représentés séparément par des députés, disparait. Et Blakstone peut écrire au XVIIIe siècle : « L'assemblée des pairs laïques et ecclésiastiques, unie aux communes, forme maintenant le *regnum* et ainsi le membre particulier du parlement est une partie de la représentation de l'empire; sa volonté n'est pas la volonté de la collectivité qui l'a élue, mais un élément de volonté de tout l'empire » (Blakstone, *Commentaires*, édit. franç., 1822, I, p. 253). Il faut ajouter que, depuis le XVIIIe siècle, en droit pur, le parlement anglais comprend non seulement la chambre des lords et la chambre des communes, mais aussi le roi. Le parlement ainsi compris est souverain en ce sens qu'il a le droit de faire ou de ne pas faire une loi quelconque et « que la loi anglaise ne reconnait à aucun homme ni à aucun corps le droit d'écarter ou de négliger les lois faites par le parlement ». Cf. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, édit. franç., 1902, p. 35 et 36; Esmein, *Droit const.*, 4e édit., p. 54 et suiv.

En France, c'est en 1789 et 1791 que s'est formée une théorie juridique de la représentation politique. La question de la représentation ne se pose pas seulement pour les assemblées politiques élues, mais aussi pour les assemblées non élues, pour les chefs d'Etat

électifs ou héréditaires (cf. §§ 56, 58 et 59). Mais c'est spécialement et principalement en vue des assemblées politiques élues qu'a été élaborée, dans le droit positif français, une théorie juridique de la représentation fondée sur l'idée de mandat, et tirée directement de la conception de la nation personne.

D'après cette théorie, la nation est une personne titulaire de la souveraineté; elle donne mandat à une autre personne, le parlement, de l'exercer en son nom. Il y a un véritable mandat; les deux sujets du mandat sont : la nation, d'une part, qui est le mandant, le parlement, d'autre part, qui est le mandataire. L'effet de ce mandat sera de produire une représentation, de telle sorte que la manifestation de volonté émanée du parlement sera comme si elle émanait de la nation et produira les mêmes effets La souveraineté n'est point répartie entre les membres de la nation, ni entre les diverses circonscriptions qui nomment les députés; elle n'est pas davantage répartie entre les membres du parlement. C'est le parlement tout entier, formant une personne juridique, qui reçoit mandat d'exercer cette souveraineté au nom de la nation tout entière.

Dans la théorie de 1789-91, qui est encore celle de notre droit constitutionnel, il importe de le noter, il y a bien véritablement un mandat. Souvent on dit : la représentation politique, comprise à la manière française, n'est pas un mandat. M. Esmein écrit lui-même : « C'est autrement que s'analyse le gouvernement représentatif. L'emploi du mot mandat en cette matière est un accident, qui a singulièrement contribué à troubler les idées » (4e édit., p. 233). Conf. *Discussion* à l'Académie des sciences morales et politiques, 1889, *Séances et travaux,* CXXXI, 1889, p. 297 et suiv. M. Esmein ajoute que le mot mandat est une survivance de l'ancien mandat donné effectivement à leurs délégués aux états généraux par les trois ordres des différents baillages. — Assurément l'Assemblée de 1789 voulait abolir les principes qui présidaient à la nomination des députés aux états généraux et déterminaient leur caractère. Mais il n'est pas exact de dire que le mot mandat n'était pas adéquat à l'institution nouvelle. Ce que l'on supprimait c'était seulement les mandats particuliers donnés par chaque circonscription électorale à ses députés. On ne faisait point disparaître la notion de

mandat politique; seulement désormais un seul mandat est donné par la nation une et indivisible à une assemblée une et indivisible. Le gouvernement représentatif, tel qu'on l'entendait en 1789-1791, tel que nos constitutions postérieures l'ont accepté et organisé, tel qu'il a été reçu dans la plupart des pays civilisés, repose certainement sur une idée de mandat. Dire, comme M. Esmein (4e édit., p. 234), que le député élu ne tient pas ses pouvoirs de ses électeurs, c'est formuler une proposition, sinon inexacte, du moins imprécise. Sans doute le député ne reçoit pas un mandat de la circonscription qui le nomme, mais le parlement acquiert lui son droit de la nation qui l'élit; le parlement est le *mandataire représentatif* de la nation.

Aussi bien cette notion d'un mandat donné par la nation à l'assemblée ne fut point admise sans quelques discussions, desquelles ressort très nettement la pensée de la Constituante. Dans la séance du 5 septembre 1789, Pétion formule la doctrine du mandat impératif : « Les membres du corps législatif, dit-il, sont des mandataires; les citoyens qui les ont choisis sont des commettants; donc ces représentants sont assujettis à la volonté de ceux de qui ils tiennent leur mission et leurs pouvoirs. Nous ne voyons aucune différence entre ces mandataires et les mandataires ordinaires; les uns et les autres agissent au même titre ; ils ont les mêmes obligations et les mêmes devoirs » (*Arch. parlem.*, 1re série, VIII, p. 582). Cette doctrine ne triomphe point; et c'est la théorie de Siéyès qui l'emporte. Mais celui-ci se garde bien de dire qu'il n'y a pas de mandat; au contraire, il y a un mandat; mais ce mandat, « c'est le vœu national »; si le député ne peut pas recevoir un mandat de la circonscription qui le nomme, c'est qu'il est le député de la nation tout entière, et qu'une circonscription qui lui donnerait un mandat spécial usurperait les droits de la nation seule souveraine de qui seule peut émaner le mandat. « Un député, déclare Siéyès, l'est de la nation entière; tous les citoyens sont ses commettants: or, puisque dans une assemblée baillagère vous ne voudriez pas que celui qui vient d'être élu se chargeât du vœu du petit nombre contre le vœu de la majorité, vous ne devez pas vouloir, à plus forte raison, qu'un député de tous les citoyens du royaume écoute le vœu des seuls habitants d'un baillage ou d'une municipalité contre le vœu de la nation entière. Ainsi il n'y a et il ne peut y avoir pour un député de mandat impératif, ou même de vœu positif que le *vœu national* » (*Arch. parlem.*, 1re série, VIII, p. 583). Qu'on ne dise donc pas après cela que le système représentatif, compris à la manière de 1789-91, exclut l'idée de mandat; au contraire, il repose tout entier sur elle. Seulement le mandat est donné, non par la circonscription électorale au député qu'elle élit, mais par la nation entière à l'assemblée qui est élue par elle; et celle-ci représente la nation, c'est-à-dire qu'en vertu du mandat qu'elle reçoit, la volonté qu'elle exprime est considérée comme étant la volonté même de la nation.

Cette théorie de la représentation est souvent appelée théorie du *mandat représentatif*. Elle implique que le député n'est pas le mandataire de la circonscription qui l'a élu, laquelle n'est faite que par suite de l'impossibilité matérielle d'établir pour le pays entier un seul collège électoral. Si le député était mandataire de sa circonscription et lié par les instructions qu'elle lui donne, elle imposerait sa volonté à la collectivité tout entière dont le député est chargé d'exprimer la volonté. Toutes les instructions données par une circonscription à un député sont donc nulles et non avenues ; et le député ne serait point lié par une démission donnée d'avance en blanc à ses électeurs. C'est la prohibition du *mandat impératif*.

Ces conséquences de la théorie du mandat représentatif sont formulées dans plusieurs textes de nos constitutions et lois politiques. A l'art. 7 de la section III du chapitre I du titre III de la constitution de 1791, on lit : « Les représentants nommés par les départements ne seront pas représentants d'un département particulier, mais de la nation entière et il ne pourra leur être donné aucun mandat ». La même disposition se retrouve dans les art. 34 et 35 de la constitution de 1848. Et l'art. 13 de la loi du 30 novembre 1875, loi organique de la chambre des députés, actuellement en vigueur, porte : « Tout *mandat impératif* est nul et de nul effet ». Ce texte implique que le législateur de 1875 a adopté la théorie de la représentation qu'on vient d'exposer.

La disposition de l'art. 13 de la loi du 30 novembre 1875 est interprétée en ce sens que l'acceptation d'un mandat impératif par un député et même la signature de la démission donnée en blanc avant l'élection n'annule point l'élection, mais le député n'est point lié par les instructions qui lui auraient été données avant l'élection et qu'il aurait formellement acceptées, et le président de la chambre ne doit point tenir compte de la démission qui lui serait envoyée par les électeurs et que le député aurait signée en blanc avant l'élection.

En 1888, M. Cluseret avait été élu dans le département du Var avec mandat impératif. Au moment de la vérification des pouvoirs de ce député, la question du mandat impératif pouvait se poser ;

la chambre ne l'examina même pas et valida l'élection. — Deux députés de Paris, M. Dejante et M. Groussier, avaient remis leurs démissions en blanc à leurs comités avant l'élection générale de 1893. Ces démissions furent envoyées par les comités en 1896 au président de la chambre des députés, lequel déclara très justement qu'il considérait ces démissions comme non avenues. V. sur tous ces points, Dandurand, *Le mandat impératif*, 1896; Briol, *Du mandat législatif*, 1905.

Beaucoup de constitutions et de lois électorales étrangères contiennent des dispositions analogues à celles du droit français Nous citerons par exemple l'art. 29 de la constitution de l'empire allemand de 1871 : « Les membres du Reichstag représentent le peuple tout entier et ne sont liés par aucun mandat ni instruction », l'art. 32 de la constitution belge de 1831 : « Les membres des deux chambres représentent la nation et non uniquement la province ou la subdivision de province qui les a nommés »; l'art. 91 de la constitution suisse de 1874 : « Les membres des deux conseils votent sans instructions ». La plupart des lois électorales ou des constitutions des États de l'Union américaine prohibent le mandat impératif. En Angleterre, il n'y a pas de texte; mais c'est une règle essentielle, de l'avis des jurisconsultes anglais, que les députés ont une entière indépendance, une liberté absolue, et, à la fin du XVIII[e] siècle, Blakstone écrivait déjà : « Chaque membre, quoique choisi par un district particulier, une fois élu, est représentant pour tout le royaume » (*Commentaires*, édit. franç., 1822, I, p. 227).

De ce que le député n'est pas lié par les instructions ou le mandat que lui auraient donnés ses électeurs, il ne faut pas cependant conclure, comme le fait M. Esmein (4[e] édit., p. 307), que « dans les limites des attributions qui leur sont conférées, les députés sont appelés à décider librement, *arbitrairement*, au nom du peuple qui est censé vouloir par leur volonté et parler par leur bouche ». Sans doute, le député en droit ne doit aucun compte aux électeurs de la circonscription qui l'a nommé; cette circonscription n'a aucun droit; lui en reconnaître, ce serait contraire au principe même de la souveraineté nationale une et indivisible. Mais l'assemblée tout entière doit rendre compte au corps électoral tout entier du mandat qu'elle a reçu. C'est l'idée de mandat qui est le fondement même de la théorie française du régime représentatif. Les députés ne peuvent donc pas décider arbitrairement, parce que l'assemblée qu'ils composent doit décider conformément au mandat qu'elle a reçu de la nation, « conformément au vœu national », suivant l'expression de Siéyès. Les élections générales, qui doivent avoir lieu à des époques assez rapprochées, ont précisément pour but de permettre à la nation d'apprécier la manière dont les représentants ont exécuté le mandat qu'elle leur avait donné. Comme on l'a déjà dit (§ 51), les institutions qui ont pour but de garantir dans la mesure du possible la correspondance exacte des votes du parle-

ment à la volonté nationale, sont en principe excellentes et forment le complément nécessaire du régime représentatif. Le *referendum* est une de ces institutions. Il en est de même de la dissolution du parlement par le chef de l'Etat, laquelle permet au peuple de dire si le parlement s'est conformé au mandat donné.

Le corps électoral ne peut exprimer sa volonté que par la majorité qui se forme dans les diverses circonscriptions électorales. En droit, nous le voulons bien, les circonscriptions électorales ne sont rien ; en fait, on ne peut pas s'en passer ; et c'est dans les circonscriptions électorales que les opinions se forment, que les solutions se donnent et que les élections se font. Par là naissent des relations plus intimes entre les députés et leurs circonscriptions respectives. En droit, les députés sont les représentants du pays tout entier ; c'est la chambre entière qui reçoit un mandat du pays tout entier. En fait, par la force même des choses, des liens particulièrement étroits unissent les députés à leurs circonscriptions. Ces liens deviendront de plus en plus forts à mesure que les partis s'organiseront plus complètement, et surtout quand sera établie, dans un avenir prochain probablement, la représentation proportionnelle. La reconnaissance de ces relations particulièrement étroites entre le député et sa circonscription se concilie d'ailleurs très bien avec le système du mandat représentatif tel que nous le comprenons et tel qu'il nous paraît résulter des lois françaises ; mais elle est inconciliable avec le système du mandat représentatif tel que l'expose M. Esmein. Une théorie juridique qui méconnaît aussi complètement des faits patents est par là même condamnée ; toute théorie juridique qui ne s'adapte pas exactement aux faits est sans valeur. Il faut ajouter qu'avec la théorie qui soutient que le député est complètement indépendant de ses électeurs on ne peut expliquer la pratique qui est suivie en France et à l'étranger et d'après laquelle le vote des députés a lieu au scrutin public, afin que leurs électeurs connaissent le sens de leur vote et puissent, s'il y a lieu, leur demander des explications. Cette pratique est trop générale pour qu'on y puisse voir une simple exception aux véritables règles du régime représentatif.

De la théorie du mandat représentatif on conclut souvent que les députés sont de véritables fonctionnaires et seulement des fonctionnaires. Il est difficile de donner une autre solution ; cependant ces fonctionnaires sont dans une situation bien particulière. En effet, puisque c'est le parlement qui reçoit le mandat de la nation tout entière, puisque c'est lui qui fait la loi, qui décide, les députés sont absorbés par le parlement ; juridiquement ils ne sont rien ; le parlement a seul une volonté, seul une personnalité juridique, seul des pouvoirs, seul des droits. Mais dans la réalité, ce sont les députés qui votent, qui agissent, qui parlent, qui légifèrent. Dès lors, quel est véritablement leur caractère ? Dans la doctrine du mandat impératif, leur situation est très nette : les députés, manda-

taires de leurs électeurs, sont titulaires du droit subjectif d'exercer la part de souveraineté appartenant à leurs électeurs et sous le contrôle de ceux-ci. Dans la doctrine du mandat représentatif, la solution est plus difficile, puisque logiquement ils ne devraient rien être, et qu'en fait ils sont et font tout. La solution qui parait la moins mauvaise est en effet celle d'après laquelle les députés sont des fonctionnaires ; ils sont investis par la loi du pouvoir objectif d'exprimer la volonté du parlement, lequel est représentant de la volonté nationale. Ils ont ainsi en vertu de la loi une certaine compétence ; et cela est le propre des fonctionnaires. Mais comme cette compétence consiste à exprimer la volonté d'un organe représentatif, ils sont des fonctionnaires dans une situation toute particulière, qui explique les immunités dont ils sont investis dans tous les pays qui pratiquent le régime représentatif (cf. §§ 111-116).

De la théorie de la représentation, fondée sur le mandat donné par la nation au parlement, telle qu'on vient de l'exposer et qu'elle est impliquée par les textes du droit français, il résulte que ne peuvent avoir le caractère représentatif que les corps élus. Nous ne disons pas que tous les corps élus aient le caractère représentatif, mais seulement qu'un corps non élu ne peut pas avoir le caractère représentatif. C'est ainsi, par exemple, que les assemblées politiques héréditaires ou nommées par un monarque ne peuvent avoir le caractère représentatif. On a parfois soutenu le contraire ; on verra au § 53, que certaines théories de la représentation politique aboutissent à cette conséquence, que même une assemblée non élue peut avoir le caractère représentatif. Cela nous parait en contradiction avec des faits évidents, et la doctrine française nous semble faire à cet égard une construction juridique très exacte. Un corps représentatif ayant ce caractère essentiel d'exprimer la volonté nationale, on comprendrait difficilement qu'un corps puisse avoir le pouvoir d'exprimer la volonté nationale quand il a été constitué sans aucune participation des volontés dont le groupement forme cette volonté nationale.

On a parfois indiqué comme conséquence dela théorie du mandat représentatif, « que la population doit

être la seule base de la représentation; que tout autre répartition dénaturerait encore la souveraineté nationale qui suit la loi du nombre » (Esmein, 4e édit., p. 231). De cela, il résulterait qu'on ne peut, sans violer les vrais principes du gouvernement représentatif, organiser la représentation proportionnelle des partis, ni la représentation des groupes sociaux ou représentation professionnelle. Il n'y a pas, à notre sens, d'idée plus fausse que celle-là : un pays ne possède vraiment le régime représentatif que lorsqu'il a la représentation proportionnelle et la représentation professionnelle; ni l'une ni l'autre ne sont contraires à la théorie française du mandat représentatif. Cf. sur ces deux points §§ 56 et 57.

De même, on a dit parfois, et particulièrement au moment du vote de la constitution de 1848, que le système des deux chambres était incompatible avec les vrais principes de la représentation de la volonté nationale. On montrera au § 56 qu'il n'en est rien.

Nous avons supposé jusqu'à présent que la représentation de la volonté nationale appartenait à une assemblée; c'est ce qui a lieu le plus ordinairement. Mais rien ne s'oppose, dans la théorie même du mandat représentatif, à ce que la nation donne mandat à un homme de la représenter. La théorie française du mandat représentatif reste la même, que le mandat soit donné à une collectivité ou à un seul. L'idée d'une représentation du peuple par un homme existait déjà dans la concession de la puissance tribunitienne, accordée par le peuple aux premiers empereurs romains au moyen de la *lex regia*. La constitution de 1791 (tit. III, préamb., art. 2) déclare que les représentants de la nation sont : « le corps législatif et le roi ». Dans la constitution de 1848, on lit : « Le peuple français *délègue* le pouvoir exécutif à un citoyen qui reçoit le titre de président de la République » (art. 43). On sait que le président de la république devait être élu pour quatre ans au suffrage direct et universel. Enfin

Napoléon III, à l'exemple de Napoléon Ier, s'est toujours déclaré le représentant du peuple. Dans la théorie impérialiste, les plébiscites du premier empire et ceux de 1851 et de 1852 ne sont autre chose qu'un mandat donné par le peuple français aux deux Napoléon. Nulle part ce mandat n'est plus nettement affirmé que dans l'art. 5 de la constitution de 1852 reproduit dans l'art. 13 du sénatus-consulte constituant de 1870 : « Le président de la république (l'empereur) est responsable devant le peuple français auquel il a toujours le droit de faire appel ».

Il n'est donc pas douteux que nos constitutions françaises, tout en proclamant le principe de la souveraineté nationale, aient admis la possibilité d'une représentation au profit d'un homme. Mais cette représentation soulève des questions particulières. Un pouvoir représentatif peut-il être donné à un homme à vie, sans atteinte au principe de la souveraineté nationale ? Un pouvoir représentatif peut-il être donné à un homme à titre héréditaire sans atteinte à la souveraineté nationale ? En d'autres termes, la monarchie héréditaire est-elle compatible avec la souveraineté nationale ? La question sera examinée au § 58.

Enfin, il peut se faire que le pouvoir représentatif soit donné à plusieurs corps ou à un corps et à un homme, par exemple comme dans la constitution de 1791 « au corps législatif et au roi » (tit. III, préamb., art. 29), dans la constitution de 1848, à une assemblée nationale et au président de la république. On aperçoit la question qui se pose alors. La souveraineté est-elle déléguée en bloc à des organes qui l'exerceront en commun, en collaboration ? Ou au contraire les différentes prérogatives de la souveraineté seront-elles divisées, et ces prérogatives données séparément à tous les organes de représentation ? C'est la question célèbre de la séparation des pouvoirs qui sera étudiée au § 54.

53. De quelques théories particulières sur la représentation politique. — La doctrine précédemment exposée du *mandat représentatif* est celle du droit positif français, mais elle est repoussée par beaucoup de bons esprits. Il n'est pas inutile d'indiquer les éléments essentiels de quelques doctrines opposées.

Doctrine du mandat impératif. — Exposée par Pétion à l'Assemblée nationale de 1780 (5 septembre 1789, *Archives parl.*, 1re série, VIII, p. 582), elle est encore énergiquement défendue par toute une école politique. On part de cette proposition (affirmée par Rousseau, quoique contradictoire avec l'idée du *moi commun* et de la souveraineté nationale), proposition d'après laquelle chaque membre de la nation est titulaire d'une quote-part de la souveraineté, quote-part déterminée d'après le nombre d'individus composant la nation, et l'on raisonne ainsi : les citoyens, titulaires chacun d'une part de souveraineté, exercent leur droit en participant à l'élection et en désignant un député ; par conséquent le député ne peut tenir son pouvoir que de ceux qui l'ont nommé ; et comme le député ne devient pas cessionnaire de cette souveraineté qui reste fixée sur la tête des électeurs, il ne peut être que leur mandataire. Le député n'est point le mandataire de la nation entière ; il n'y a là qu'une fiction ; le député est le mandataire de la circonscription, c'est-à-dire du groupe d'électeurs qui l'a nommé.

Par là le député est soumis à toutes les obligations qui incombent à un mandataire. Tout mandant peut limiter le mandat qu'il donne ; de même les électeurs peuvent tracer d'avance la conduite que devra suivre leur député ; et celui-ci doit se conformer aux instructions reçues et voter dans le sens indiqué d'avance par ses électeurs. Tout mandataire qui outrepasse son mandat peut être révoqué par son commettant, ou du moins ne l'oblige pas ; le mandant peut révoquer à un moment quelconque son mandataire. Tout cela, dit-on, est vrai du député. L'acte du député, contraire au mandat qu'il a reçu, est sans valeur à l'égard de ses commettants et peut entraîner sa révocation. Les électeurs peuvent d'ailleurs toujours révoquer leur député s'ils n'ont plus confiance en lui. Cette dépendance absolue du député à l'égard de l'électeur constitue précisément le *mandat impératif*. Dans la pratique, on a essayé de lui donner une sanction par la démission en blanc que le député remet à son comité avant l'élection.

Ce système du mandat impératif était pratiqué aux états généraux, qui se composaient véritablement des mandataires de la noblesse, du clergé et du tiers de chaque baillage. Mais on a vu (§ 52), qu'il était absolument contraire aux textes de notre droit positif français. Quoique soutenue en général par le parti radical, qui se pique de défendre les vrais principes démocratiques, la doctrine du mandat impératif est manifestement contraire au principe de la souveraineté nationale. En effet, la souveraineté nationale est, par

définition même, la volonté une et indivisible de la nation ; ni les individus ni les groupes pris séparément n'ont une parcelle quelconque de la souveraineté ; par conséquent, ni les individus ni les groupes ne peuvent donner au député un mandat quelconque d'exercer en leur nom une souveraineté qu'ils n'ont pas.

Au point de vue politique et pratique, le système du mandat impératif est inadmissible. D'abord avec le mandat impératif, on n'aurait ni les avantages du gouvernement direct, puisque le peuple ne serait pas directement consulté, ni ceux du gouvernement représentatif, puisque les députés, liés par les instructions de leurs électeurs, ne pourraient pas apporter au pays le profit de leurs aptitudes spéciales, et on aurait les inconvénients de ces deux espèces de gouvernement. Enfin, il serait à peu près impossible d'assurer le fonctionnement du mandat impératif dans des conditions équitables. L'expérience prouve que, dans le fait, ce prétendu mandat est donné par les comités plus ou moins influents d'une circonscription, lesquels souvent ne représentent qu'un nombre infime d'électeurs et n'ont d'autre autorité que celle qu'ils s'attribuent. Cf. Dandurand, *Le mandat impératif*, 1891.

Il y a eu, ces dernières années, d'assez nombreuses propositions de lois tendant à la reconnaissance légale du mandat impératif. Une des plus intéressantes est celle de M. Cornudet, 16 novembre 1896 (*J. off.*, *Doc. parl.*, chambre, 1896, p. 1559). — Cf. la proposition de MM. E. Vaillant et Allard, relative à l'organisation démocratique du suffrage universel, qui implique l'admission du mandat impératif, 9 juin 1903, *J. off.*, *Doc. parl.*, chambre, sess. ord., 1903, p. 569.

Le gouvernement représentatif dans la doctrine juridico-organique. — D'après la plupart des auteurs qui admettent la doctrine *juridico-organique* la nation est un organe dont la fonction consiste à élire, et le parlement un organe dont la fonction consiste à décider sous certaines conditions ; et il n'y a aucun rapport de droit entre le parlement et la nation. L'expression *représentation* peut avoir un sens au point de vue politique ; au point de vue juridique, elle n'en a point. La nation est un organe direct créateur ; le parlement un organe direct créé ; ils tiennent l'un et l'autre leurs attributions de la constitution, et sont sans action l'un sur l'autre. M. Laband, parlant du Reichstag de l'empire allemand, a très nettement exposé cette conception : « La dénomination de représentants de l'ensemble du peuple, donnée aux membres du Reichstag, n'a pas de signification juridique positive ; au sens juridique, les membres du Reichstag ne sont les représentants de personne ; leurs pouvoirs ne sont pas dérivés d'un autre sujet de droit ; ils reposent directement sur la constitution de l'empire... » (Laband, *Droit public*, édit. franç., 1900, I, p. 443). V. théorie identique, Orlando, *Fondement de la représentation politique, Revue du droit public*, 1895, I, p. 22 ; Saripolos, *La démocratie et l'élection proportion-*

nelle, 1899, II, p. 138. M. Michoud paraît bien accepter purement et simplement cette doctrine. Il écrit en effet : « Cette notion (de la représentation) ne doit pas être traduite juridiquement, comme on a longtemps cherché à le faire, par l'idée d'une nation-personne, qui serait distincte de l'Etat et qui donnerait mandat à ses représentants de gouverner en son nom. La nation n'a en effet aucune existence juridique distincte... Ce serait également une erreur de voir dans la nation un organe de l'Etat... En réalité ce sont les électeurs organisés en collèges électoraux qui sont les organes de l'Etat... L'élection n'est point un mandat donné par les électeurs ; elle est seulement un choix... » (Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, 1906, p. 287-290).

Cette théorie a le tort grave de méconnaître les faits. Qu'on le veuille ou non, il y a des rapports qui s'établissent entre les électeurs et les élus. On dit qu'en droit le collège électoral est un organe pour élire, que le parlement est un organe pour décider, que le parlement ne reçoit point ses pouvoirs du collège électoral qui le nomme, mais de la constitution; qu'aucun rapport de droit n'existe entre le parlement et le corps électoral, mais seulement des rapports politiques. S'il existe des rapports politiques, et c'est incontestable, il doit exister des rapports juridiques ; une théorie de droit politique qui méconnaît précisément les faits politiques est une théorie sans valeur, une abstraction vide.

Cette contrariété entre les faits et la théorie juridico-organique, appliquée ainsi aux parlements élus, est tellement évidente qu'elle a frappé les partisans les plus convaincus de ladite théorie, notamment M. Jellinek, qui critique très vivement la théorie précédente, telle que l'expose M. Laband. Il fait très justement observer que sans doute le parlement reçoit sa compétence de la constitution et non du corps électoral, mais que s'il n'y a aucun lien juridique entre le parlement et la nation, que s'il n'y a d'autre volonté que celle du parlement, le pouvoir appartient alors à une véritable oligarchie. « C'est une preuve, dit-il, que cette manière de traiter juridiquement le problème est une caricature de la réalité ». Il existe un rapport de fait entre le parlement et la nation; il appartient au juriste d'en donner la formule juridique; sans cela on écarte le problème juridique de la représentation, on ne le résoud point (Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2e édit., 1905, p. 567).

La solution juridique du problème consiste, d'après M. Jellinek, à dire que le parlement est organe direct de la nation, qu'elle-même est organe direct de l'Etat et que le parlement est ainsi organe direct secondaire de l'Etat. Dans les deux formes de gouvernement, gouvernement direct et gouvernement représentatif, la nation est organe de l'Etat; dans la première, l'organe suprême de la volonté étatique est formé par la nation *une* dans sa collectivité, et dans la seconde par un organe spécial de volonté de la nation. Peuple et parlement forment par suite une unité juridique. M. Jel-

linek conclut : « L'élection des députés fait naître un lien permanent entre les représentants et le peuple en son ensemble, nommément *un rapport d'organe*, qui de sa nature ne peut être qu'un *rapport de droit* ». Par là, d'après le savant auteur, se trouve expliquée « la dépendance politique durable et normale de l'élu à l'égard des électeurs », dépendance qui est à tort méconnue par la théorie précédente (*loc. cit.*, p. 571).

M. Jellinek a cent fois raison de repousser les conséquences que l'on déduit en général de la doctrine juridico-organique. Mais le système qu'il décrit nous paraît contradictoire avec les prémisses qu'il a lui-même posées. Dans l'exposé général qu'il fait de la doctrine juridico-organique, il déclare que les organes comme tels ne sont point des personnes juridiques, et que par suite il ne peut pas exister de rapports de droit entre les organes pris comme tels (p. 546). Comment le savant auteur peut-il écrire (p. 571) qu'il y a entre le parlement et le corps électoral un rapport d'organe « lequel ne peut être de sa nature qu'un rapport de droit » ? A cette objection déjà faite par nous (*L'Etat, les gouvernants et les agents,* 1903, p. 205 et suiv.), M. Jellinek ne nous paraît pas avoir répondu dans la 2e édition de son beau livre, 1905. — Cf. la théorie de la représentation politique que nous avons essayé d'édifier sur la notion de solidarité sociale et sur notre conception du droit objectif (*loc. cit.*, p. 215-235). Sur la représentation, outre les ouvrages précédemment cités, cons. Rieker, *Die rechtliche Natur der modernen Volksvertretung,* 1893.

B. *Les organes de représentation.*

54. La séparation des pouvoirs dans la constitution de 1791. — La volonté nationale souveraine ne s'exerçant pas directement, mais par représentation, plusieurs questions se sont naturellement posées. La volonté nationale peut-elle être rationnellement représentée par plusieurs organes de représentation ou ne peut-elle être représentée que par un seul ? Si elle peut être représentée par plusieurs organes, vaut-il mieux qu'elle soit représentée par plusieurs que par un seul ? S'il y a plusieurs organes de représentation, la souveraineté peut-elle et doit-elle être divisée en plusieurs éléments, de telle sorte que chaque organe représente exclusivement un de ces éléments ? Ou au contraire, la souveraineté ne reste-t-elle pas indivise et

ne doit-elle pas être exercée en collaboration par les différents organes de représentation? En admettant que la souveraineté ne puisse pas être divisée et doive être exercée en collaboration par les organes de représentation, n'y a-t-il pas lieu de donner à chacun un mode différent de participation à l'exercice de cette souveraineté et d'établir entre eux une séparation des fonctions? Enfin, la souveraineté restant indivise et exercée en collaboration par les organes de représentation, ne peut-on pas et ne doit-on pas confier la fonction administrative et la fonction juridictionnelle à deux catégories d'agents d'ordre différent?

Voilà autant de questions qui, assurément, se touchent, mais qui, cependant, sont tout à fait différentes et qu'on a eu le grand tort de confondre sous le nom de question de la séparation des pouvoirs. On a eu le tort aussi de vouloir donner à ces questions une solution unique, en affirmant ou en niant le principe de la séparation des pouvoirs. Bref, on a confondu deux questions tout à fait différentes : la question de la séparation des pouvoirs et la question de la séparation des fonctions.

Cette confusion paraît avoir été faite par deux auteurs très distingués, qui ont écrit récemment sur la question. M. Artur (*De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions*, Paris, 1905) dit : « En quoi peut bien consister la séparation des pouvoirs si ce n'est pas en une séparation des fonctions? » (p. 4). M. Michoud ramène aussi la séparation des pouvoirs à une séparation des fonctions en repoussant comme sans valeur les doctrines qui voient dans chaque pouvoir une entité juridique distincte et en expliquant que dans la séparation des pouvoirs il y a simplement une certaine répartition des fonctions entre les organes pour éviter le despotisme, avec le maintien cependant d'une certaine collaboration (Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, p. 281-283). M. Michoud (*ibid.*, p. 282, note 1 *in fine*) nous reproche d'avoir médit du principe de la séparation des pouvoirs et d'y revenir par notre distinction des gouvernants et des agents. Notre savant collègue nous paraît se méprendre. Nous avons essayé de montrer (*La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, 1894) que l'Assemblée nationale de 1789, en voulant réaliser, non seulement la séparation des fonctions, mais encore la séparation des pouvoirs, en créant trois entités représentatives, investies chacune d'un des élé-

ments de la souveraineté morcelée, établissait un système contraire à son principe de la souveraineté une et indivisible, qu'en partant de cette contradiction initiale elle devait accumuler contradictions sur contradictions et ouvrir la porte à des conflits inévitables qui rendaient son œuvre caduque. Quant à notre distinction des gouvernants et des agents, nous avons dit qu'elle correspondait à la distinction faite par la constitution de 1791 entre les représentants et les agents (tit. III, chap. IV, sect. II, art. 2), et nous n'avons point critiqué cette distinction. Cf. *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 262 et suiv., 278 et suiv.

Les confusions que nous signalons ne sont le fait ni de Locke ni de Montesquieu, considérés comme les créateurs de la théorie de la séparation des pouvoirs. Ni l'un ni l'autre n'a eu l'intention de faire une théorie juridique, mais seulement de montrer comment la constitution anglaise, par un partage des fonctions et une certaine collaboration des organes, avait établi de sérieuses garanties au profit de la liberté.

Locke distingue le pouvoir législatif, exécutif et confédératif, définissant le pouvoir législatif : « Ce qui a le droit de régler comment les forces d'un Etat peuvent être employées pour la conservation de la communauté et de ses membres ». Et il ajoute : « Mais parce que les lois qui sont une fois et en peu de temps faites, ont une vertu constante et durable, qui oblige à les observer et à s'y soumettre continuellement, il est nécessaire qu'il y ait toujours quelque puissance sur pied qui fasse exécuter les lois et qui conserve toute sa force et voilà comment le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif se trouvent souvent séparés ». Quant au pouvoir confédératif, il est, dit Locke, habituellement joint au pouvoir exécutif et les deux pouvoirs se séparent malaisément (*Du gouvernement civil*, chap. XI, édit. franç., Amsterdam, 1691, p. 185-190). Avec cette conception de Locke, on est bien loin de la séparation des pouvoirs comprise à la manière de 1791. Ces deux pouvoirs ne sont point des pouvoirs égaux et indépendants comme on le dira en 1791. En réalité, dit Locke, « dans un Etat formé, qui subsiste et se soutient en demeurant appuyé sur ses fondements, et qui agit conformément à sa nature, c'est-à-dire par rapport à la conservation de la société, il n'y a qu'un pouvoir suprême, qui est le pouvoir législatif, auquel tous les autres doivent être subordonnés » (*ibid.*, chap. XII, p. 190). Quand « le pouvoir exécutif est remis à une seule personne qui a sa part aussi du pouvoir législatif, (il) est visiblement subordonné et doit *rendre compte à ce pouvoir législatif* ». Ainsi, dans la pensée de Locke, il y a plusieurs organes, il doit y avoir plusieurs organes de gouvernement, mais la souveraineté réside en un seul auquel tous les autres sont subordonnés ou parfois en deux organes unis par une intime collaboration.

Pas plus dans l'*Esprit des Lois* que dans le *Traité du gouvernement civil*, on ne trouve la séparation des pouvoirs telle que l'ont

comprise les constituants de 1791. Encore moins théoricien que Locke, Montesquieu n'a d'autre but que de décrire la constitution d'Angleterre (c'est d'ailleurs le titre du célèbre chapitre VI du livre XI de l'*Esprit des Lois*) et de montrer que cette constitution mieux que toute autre garantit la liberté. L'expression « séparation des pouvoirs » n'est pas employée une seule fois par Montesquieu, et nulle part il n'est question d'organe représentatif exerçant au nom de la nation les différentes prérogatives de la souveraineté. Quant à la proposition si souvent citée : « Tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux ou des nobles ou du peuple exerçait ces trois pouvoirs, celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers », que veut-elle dire autre chose que ceci : la liberté n'existerait pas dans un pays où le même homme ou le même groupe d'hommes pourrait exercer seul et sans contrôle les différentes fonctions de l'Etat? Mais jamais Montesquieu n'a pensé que les organes investis de ces trois fonctions de l'Etat seraient trois organes représentant le souverain, investis d'une partie de la souveraineté, absolument indépendants l'un de l'autre et sans action l'un sur l'autre. La suite du chapitre le montre à l'évidence. Il met à part la puissance du juger : « Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle. Il n'en reste que deux » (la puissance législative et la puissance exécutrice). Qu'a voulu dire Montesquieu exactement? Il est difficile de le savoir. C'est une de ces formules sibyllines fréquentes dans l'*Esprit des Lois*. Peut-être veut-il dire qu'étant exercée par un jury sorti du peuple et non permanent, elle n'offre point de danger pour la liberté (Aucoc, *Comptes-rendus de l'Académie des sciences morales et politiques*, CXII, p. 213 et suiv.). Peu importe au reste. Quant aux deux autres pouvoirs, Montesquieu explique qu'ils doivent avoir une action réciproque l'un sur l'autre et vivre en une intime collaboration. M. Esmein écrit (4e édit., p. 365) que « Montesquieu, comme Locke, croyait trouver dans la constitution anglaise la séparation des pouvoirs telle qu'il la professait; qu'en ce point, il se trompait sûrement ou du moins il exagérait, car le pouvoir législatif n'était point complètement séparé en Angleterre du pouvoir exécutif....» Jamais Montesquieu n'a exposé une théorie de la séparation des pouvoirs impliquant une séparation absolue des organes exerçant la fonction exécutive et la fonction législative; il estime qu'il doit exister une action continuelle des deux pouvoirs l'un sur l'autre, et une véritable collaboration, et Montesquieu explique d'une manière très nette qu'en Angleterre le pouvoir exécutif participe à la législation, que le pouvoir législatif exerce un contrôle continuel sur l'exécutif et que finalement le gouvernement anglais repose sur une collaboration constante et intime des pouvoirs. Il suffit, pour le démontrer, de citer quelques passages du chapitre VI du livre XI : « *Si la puissance exécutrice n'a pas le*

droit d'arrêter les entreprises du corps législatif, celui-ci sera despotique... Si, dans un Etat libre, la puissance législative ne doit pas avoir le droit d'arrêter la puissance exécutrice, elle a le droit et doit avoir la faculté d'examiner de quelle manière les lois qu'elle a faites sont exécutées... Voici donc la constitution fondamentale du gouvernement dont nous parlons. Le corps législatif y étant composé de deux parties, l'une entraînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher. Toutes les *deux sont liées par la puissance exécutrice qui le sera elle-même par la législative*. Ces trois puissances devront former un repos ou une inaction. Mais, comme par le mouvement nécessaire des choses elles sont contraintes d'aller, *elles seront forcées d'aller de concert* » (*Esprit des Lois*, liv. XI, chap. VI). — Rap. de Lolme, *La constitution anglaise*, 1784, 1re part., chap. III et IV.

En 1787 avait été votée la constitution des Etats-Unis d'Amérique, dont le texte n'était point inconnu aux membres de l'Assemblée nationale constituante. En réalité, cette constitution américaine, qu'on a si souvent présentée comme réalisant une séparation complète des pouvoirs, n'avait d'autre but que de reproduire le système anglais, de réaliser une répartition des fonctions et une collaboration des organes. Il est acquis en effet, aujourd'hui, que le modèle toujours présent à l'esprit des constituants de Philadelphie fut la constitution anglaise. M. Henri Summer Maine a pu écrire : « La constitution des Etats-Unis est totalement imprégnée d'idées politiques d'origine anglaise ; c'est en réalité une version de la constitution anglaise telle qu'elle se serait présentée à un observateur dans la seconde moitié du dernier siècle » (*Gouvernement populaire*, p. 249 et 253). Qu'on n'objecte pas que dans le *Fédéraliste* il est peu ou point question de la constitution anglaise ; ce silence s'explique facilement par l'impopularité où étaient tombés en Amérique l'Angleterre et tout ce qui venait d'elle. Cf. Ellis Stevens, *Sources de la constitution des Etats-Unis*, édit. franç., 1897, p. 48 et suiv. ; Bryce, *La République américaine*, édit. franç., 1900, I, p. 26. Cela ne veut pas dire que nous comparions la constitution actuelle des Etats-Unis à la constitution actuelle de l'Angleterre. Depuis un siècle passé, l'une et l'autre ont suivi leur destinée, évolué dans des milieux différents, et il s'est formé des organismes politiques dissemblables. Mais cela n'infirme point notre proposition, à savoir qu'en Amérique, en 1787, on entendait la séparation dans le même sens et avec la même portée que ceux qu'on lui donnait alors en Angleterre et que Montesquieu lui-même avait exactement définis.

De ce qui n'était dans la pensée de Locke et de Montesquieu qu'un procédé d'art politique pour assurer l'équilibre des forces politiques et protéger la liberté, l'Assemblée de 1789 voulut faire une théorie de la sou-

veraineté et de la représentation divisée de cette souveraineté. Elle ne vit dans Montesquieu que les formules générales, et non point la description si exacte de l'action réciproque que la couronne et le parlement exercent et doivent exercer l'un sur l'autre. Montesquieu, interprète fidèle de la constitution anglaise, et les auteurs de la constitution américaine avaient eu en vue une répartition des diverses fonctions entre plusieurs organes, sans penser aucunement diviser la souveraineté en plusieurs éléments. Dominée par l'esprit classique, passionnée pour les formules générales et abstraites, amoureuse des théories de métaphysique politique, l'Assemblée nationale voit dans la séparation des pouvoirs une division de la souveraineté en divers éléments, souveraineté qui reste une et indivisible malgré l'existence des divers éléments qui la constituent, chacun de ces éléments étant délégué par représentation à un organe distinct, qui, logiquement, sera indépendant et souverain dans la sphère de souveraineté qui lui est attribuée par représentation.

Dans la constitution de 1791, les pouvoirs ne sont ni des fonctions ni des organes. Ils ne sont pas des fonctions parce que la conception de la fonction implique une manifestation de l'activité et que les différentes fonctions ne peuvent se distinguer les unes des autres que par la forme extérieure de cette activité. Or, il résulte de la constitution de 1791 que les différents pouvoirs existent et se distinguent les uns des autres dans l'intérieur même de l'Etat, au repos, sans qu'il soit nécessaire, pour saisir leur différence, de supposer une manifestation extérieure de l'activité de l'Etat. Les pouvoirs se conçoivent comme les éléments mêmes de la volonté de l'Etat prise en soi, et réunis ils forment la souveraineté. Les pouvoirs ne sont point des organes. Les organes sont les individus et les groupes d'individus investis de l'exercice d'un élément déterminé de la souveraineté, ou de toute la

souveraineté. Les organes, c'est le parlement représentant la volonté souveraine législative; c'est le roi, chef de l'Etat, représentant la volonté souveraine exécutive; c'est l'ordre judiciaire représentant la volonté souveraine *judiciaire*. Les pouvoirs, ce sont les éléments constitutifs de la volonté nationale souveraine, en tant qu'elle est fractionnée. La volonté nationale étant souveraine, chacun des éléments qui la composent est souverain; chacun de ces éléments de souveraineté est délégué par représentation à un organe, et chaque organe exerce une fonction différente. Finalement, un *pouvoir* est un élément fractionné de la souveraineté, incorporé en un organe, lequel exerce une fonction correspondante. La souveraineté étant indivisible, chacun de ces pouvoirs est souverain, et la souveraineté étant *une*, bien qu'il y ait plusieurs pouvoirs souverains, il n'y a jamais qu'une souveraineté.

Cette notion de *pouvoir* apparait très nettement dans la constitution de 1791, notamment dans le préambule du titre III, où il est dit : « La nation, *de qui seule émanent tous les pouvoirs*, ne peut les exercer que par délégation » (art. 2). On ne peut pas dire que les fonctions émanent de la nation. Ce qui émane de la nation, c'est la souveraineté, et le texte de l'art. 2 ne peut avoir que ce sens : la souveraineté émanant de la nation, émanent aussi d'elle tous les éléments qui la constituent. Dès lors, en parlant de délégation des pouvoirs, les constituants n'ont pu vouloir dire que ceci : le parlement, le roi et l'ordre judiciaire sont investis chacun d'un des éléments de la souveraineté.

[1] La distinction des pouvoirs et des fonctions est nettement indiquée dans la partie du rapport général de Thouret, relative au préambule du titre III. Il dit notamment : « Les *fonctions* et les ***pouvoirs*** qui lui (au roi) sont délégués ne le font pas représentant seul et exclusif... » (*Archives parlem.*, 1re série, XXIX, p. 329). Barnave, dans le discours déjà cité, explique qu'il y a représentation là où un individu ou un corps d'individus *veut* pour la nation, et parce qu'il veut pour la nation, cet individu ou ce corps est investi,

non seulement d'une fonction, mais d'un pouvoir (*ibid.*, p. 331). Thouret avait déjà dit que le roi et les membres de l'assemblée étaient à la fois des représentants et des fonctionnaires; des représentants parce qu'ils avaient le *pouvoir* de vouloir pour la nation et comme la nation dans un certain domaine, et des fonctionnaires, parce qu'ils exerçaient des fonctions publiques (*ibid.*, p. 329). Puis la distinction est très nettement faite par Rœderer et Robespierre. Rœderer distingue les pouvoirs *représentatifs* et les pouvoirs *commis*. « Le pouvoir législatif, dit-il, est essentiellement représentatif; le pouvoir exécutif est essentiellement *commis;* le pouvoir représentatif est un pouvoir égal à celui du peuple, indépendant comme le sien ; le pouvoir commis est un pouvoir subdélégué et subordonné » (*ibid.*, p. 324 et 325). Avec cette terminologie spéciale, Rœderer veut dire que le corps législatif exerce seul par représentation la souveraineté, que le roi exerce des fonctions exécutives sous le contrôle souverain du corps législatif, et qu'en parlant de pouvoirs l'Assemblée a en vue seulement les pouvoirs représentatifs, c'est-à-dire les éléments mêmes de la souveraineté. Robespierre exprime la même idée en termes beaucoup plus clairs : « Les *pouvoirs*, dit-il, doivent être bien distingués des *fonctions*..., les *pouvoirs ne sont autre chose que les diverses parties essentielles et constitutives de la souveraineté*... » (*ibid.*, p. 326). Thouret, rapporteur, ne conteste point cette définition des pouvoirs ; il repousse seulement l'affirmation de Robespierre qui, en disciple de J.-J. Rousseau, avait dit que les *pouvoirs*, « parties essentielles et constitutives de la souveraineté », ne peuvent être délégués. Ils peuvent l'être, répond Thouret, parce que délégation n'est point aliénation; la délégation n'est point faite à perpétuité, le peuple souverain peut toujours changer sa constitution (*ibid.*, p. 327 et 328).

La séparation des pouvoirs consacrée par la Déclaration de 1789, art. 16 et par la constitution de 1791, résulte directement de cette conception des *pouvoirs*. Ce n'était point la séparation de Montesquieu, ni celle de la constitution anglaise, ni celle de la constitution américaine. Les pouvoirs étant les éléments mêmes de la souveraineté indivisible, il en résulte que chaque organe investi par représentation d'un élément de la souveraineté est souverain dans son domaine, que le parlement doit avoir tout le législatif et seulement le législatif, le roi tout l'exécutif et seulement l'exécutif, l'ordre judiciaire tout le judiciaire et seulement le judiciaire, enfin que chacun de ces organes doit rester isolé et indépendant, enfermé dans le domaine

où il représente la volonté nationale sans pouvoir exercer une action quelconque sur les autres organes. Ces conséquences nous ont paru (cf. *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, 1893), et nous paraissent encore en contradiction absolue avec le principe de la souveraineté une et indivisible proclamé par l'Assemblée. J.-J. Rousseau l'avait dit d'avance (*Contrat social*, liv. II, chap. II). Rœderer et Robespierre le répétaient très justement à l'Assemblée. Il nous a paru et il nous paraît encore que pratiquement il est absolument impossible d'empêcher une action quelconque de l'un des organes sur l'autre, que la vie du pays exige forcément une action constante et réciproque des organes l'un sur l'autre, et même une collaboration continuelle des divers organes et que les constituants eux-mêmes avaient été bien souvent obligés de faire céder leurs principes devant les faits. « Comme par le mouvement nécessaire des choses, elles (les puissances) sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert », avait dit Montesquieu (*Esprit des lois*, liv. XI, chap. VI). Enfin il nous a paru et il nous paraît encore qu'avec cette idée que les pouvoirs sont des parties constitutives de la souveraineté, dont chaque organe est investi par représentation, chaque organe aura une tendance inévitable à s'affirmer seul souverain et à détruire les autres organes, qu'on ouvre ainsi la porte aux conflits et aux coups d'Etat, et qu'on prépare l'absorption entière de tout le pouvoir par celui des organes que les circonstances ou les hommes auront fait le plus fort, que les événements de 1792-93, de l'an VIII et de 1851-52 sont venus donner à ces craintes une éclatante confirmation. Qu'il y ait dans le droit actuel une séparation des pouvoirs, nous le voulons bien; mais ce qu'on appelle aujourd'hui séparation des pouvoirs n'a aucune analogie avec la séparation des pouvoirs de la constitution de 1791. Sous le nom de séparation des pouvoirs, il y a aujourd'hui une collaboration des organes de représentation, et une

répartition des fonctions. S'il plait aux auteurs de désigner par la même expression *séparation des pouvoirs*, deux choses absolument différentes, le système de 1791 et le sytème actuel, nous n'y voyons pas de mal. Mais on reconnaîtra que cela n'est pas propre à mettre la clarté dans les théories de droit politique.

On a vu par ce qui précède que l'Assemblée nationale de 1789 distinguait trois pouvoirs et faisait de l'ordre judiciaire un troisième pouvoir indépendant et égal des deux autres (Const. 1791, tit. III, préamb., art. 5; tit. III, chap. IV, sect. III, art. 3 et chap. V, art. 1 et 3). Cependant l'ordre judiciaire n'exerçait point toute la fonction juridictionnelle; on sait que l'Assemblée nationale (cf. surtout les lois du 7 septembre 1790 et du 15 mai 1791) donnait aux administrateurs eux-mêmes le jugement de nombreuses affaires contentieuses. Dès lors on s'est demandé comment l'Assemblée de 1789, après avoir énergiquement affirmé l'existence et l'indépendance du pouvoir judiciaire, après avoir déclaré que les administrateurs « ne peuvent rien entreprendre sur l'ordre judiciaire... », accordait une large compétence juridictionnelle aux administrateurs eux-mêmes. Tout nous a paru très simple et nous paraît encore très simple et très logique si l'on admet que l'Assemblée nationale de 1791 a naturellement compris le pouvoir judiciaire à la manière de Montesquieu, c'est-à-dire comme « étant la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit civil... », celle par laquelle « le prince *punit les crimes ou juge les différends entre les particuliers* » (*Esprit des lois*, liv. XI, chap. VI). Le pouvoir judiciaire étant ainsi compris, il n'y a rien d'illogique, bien au contraire, à lui refuser la connaissance de tous les différends qui ne sont pas nés entre particuliers et à les remettre à la connaissance des administrateurs eux-mêmes.

Que telle ait bien été la pensée de l'Assemblée nationale, cela nous paraît ressortir, d'une part, de l'influence que, tout le monde s'accorde à le reconnaître, exercèrent sur elle les idées de Montesquieu, d'autre part, des textes précités et des déclarations faites, à

maintes reprises, par les membres les plus influents de l'Assemblée. Dès le 1er août 1789, Thouret disait au comité de constitution : « Les pouvoirs publics se divisent en quatre classes ou espèces différentes... L'exécution des lois qui ont pour *objet les actions et les propriétés des citoyens* nécessite l'établissement de juges ; de là les tribunaux de justice en qui réside le pouvoir judiciaire » (*Arch. parlem.*, 1re série, VIII, p. 326). V. exactement la même idée dans le rapport de Bergasse, 17 août 1789, *ibid.*, VIII, p. 840). Dans son mémoire du mois de mars 1790, Duport écrit : « Il faut distinguer... les lois *politiques* et les lois *civiles*. Les premières embrassent les relations des individus avec la société ou celles des diverses institutions politiques entre elles. Les secondes déterminent les relations particulières d'individu à individu. *C'est pour appliquer ces dernières lois que les juges sont spécialement et uniquement institués* » (*Arch. parlem.*, 1re série, XII, p. 410).

Le pouvoir judiciaire étant ainsi compris, il faut évidemment soustraire à sa connaissance toutes les affaires, même contentieuses, qui ne mettent pas en jeu l'application des lois civiles, mais seulement l'application des lois politiques, affaires d'impôts et autres. La solution de ces affaires ressortit directement à l'administration, et doit être donnée aux administrateurs. La loi du 7 septembre 1790, conformément à ce principe, énumère toute une série d'affaires qui seront jugées par les administrateurs. Elle fonde le contentieux administratif moderne ; et elle est la conséquence logique du caractère attribué en 1789-91 au pouvoir judiciaire.

Ces idées, que nous avons exposées en 1893 (V. notre livre, *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, p. 70 et suiv.), ont été très vivement critiquées par M. Artur (*Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions,* 1905, p. 125 et suiv., et particulièrement note 2 de la p. 237 qui occupe près de huit pages). Notre savant collègue écrit : « Ce n'est pas une conception positive de la séparation des pouvoirs qui a produit notre justice administrative, c'est au contraire notre justice administrative, une fois organisée et constituée aux mains de l'administration, qui a engendré une conception positive très particulière de la séparation des pouvoirs... ». — C'est ce que nous contestons absolument. M. Artur se livre à une très longue et subtile discussion pour démontrer que ni Bergasse ni Thouret ni Duport n'ont eu l'opinion que nous leur prêtons, que c'est notre opinion personnelle que nous leur attribuons gratuitement. Pour le soutenir, il se fonde surtout sur ce que le comité de constitution aurait primitivement pensé à donner le jugement des affaires administratives à des tribunaux d'administration, à raison d'un par département, composés de juges élus indépendants de l'administration et que ce n'est que devant l'impopularité de cette idée que, sur la proposition de Pezons, fut votée la loi du 7 septembre 1790. Tout cela est parfaitement exact, mais n'infirme en rien ce que nous avons dit. Le fait incontestable, c'est

qu'à l'Assemblée nationale personne n'eut l'idée, à un moment quelconque, de donner aux tribunaux judiciaires la connaissance des affaires contentieuses administratives. Si le pouvoir judiciaire avait été ce pouvoir investi de la fonction qui consiste à juger (au sens que donne M. Artur à ce mot), l'ordre judiciaire, qui était investi de ce pouvoir (Const. 1791, tit. III, préamb., art. 5), aurait eu toute la fonction de juger, en matière civile et en matière administrative, ou, du moins, c'est par exception qu'on lui aurait soustrait la connaissance des affaires administratives. Point du tout; tout le monde est d'accord : l'ordre judiciaire ne jugera point les affaires administratives. Voilà le fait essentiel. La question de savoir à qui on en donnera le jugement est une tout autre question. M. Artur ne contestera certainement pas que tout le monde fut d'accord pour soustraire le jugement des affaires contentieuses administratives aux tribunaux judiciaires. Donc, dans la pensée de tous, le contentieux administratif n'appartient pas à l'ordre judiciaire; et comme celui-ci était investi par représentation du pouvoir judiciaire, le contentieux administratif, dans la pensée de tous, n'appartient pas au pouvoir judiciaire. Pour qu'on admit cela, il fallait forcément qu'on eût une notion particulière du pouvoir judiciaire, et ce ne peut être que celle que nous avons indiquée. C'était celle de Montesquieu. Le pouvoir judiciaire juge les crimes et les différends entre particuliers.

Restait la question de savoir à qui on donnerait le jugement des affaires contentieuses administratives. La solution de cette question importe peu pour le point que nous voulons établir. On eut en effet d'abord l'idée de créer des tribunaux administratifs distincts de l'administration active. Mais on se rallia à l'opinion de Pezons, qui demandait, le 9 août 1790, que le jugement des affaires contentieuses administratives fût remis aux directoires de département et de district, en disant que c'était là un plan « qui *distingue et sépare profondément* l'ordre administratif d'avec l'ordre judiciaire » (*Arch. parl.*, 1re série, XVII, p. 675). Il paraissait en effet inutile de créer la complication de tribunaux nouveaux, puisqu'on avait les directoires administratifs, qui semblaient présenter toute garantie pour le jugement des procès administratifs. Tel fut le système consacré par la loi du 7 septembre 1790. Nous persistons donc à croire que M. Artur se trompe quand il écrit (p. 238) que c'est la justice administrative, constituée et organisée par la loi du 7 septembre 1790, qui a engendré une conception positive très particulière de la séparation des pouvoirs. Nous persistons à penser que c'est parce que l'Assemblée de 1789 voyait, comme Montesquieu, dans l'ordre judiciaire « la puissance exécutrice des choses du droit privé... jugeant les crimes et les différends entre les particuliers » qu'elle lui a enlevé la connaissance des procès publics et créé logiquement les éléments du contentieux administratif moderne.

La constitution de 1791 a eu sur le droit public moderne en géné

ral une influence trop profonde pour que dans la matière de la séparation des pouvoirs son action ne se soit pas fait notablement sentir. Il est vrai cependant que la constitution de 1793 fut une réaction contre le système même de 1791. Inspirée du *Contrat social*, votée sous l'influence prépondérante de Robespierre, elle affirme l'unité et l'indivisibilité de la souveraineté, ne parle plus de séparation des pouvoirs, mais seulement des *limites des fonctions publiques*. « Elle (la garantie sociale) ne peut exister si les limites des fonctions publiques ne sont pas clairement déterminées » (Déclaration 1793, art. 24). La souveraineté est représentée dans sa totalité une et indivisible par le corps législatif, et le conseil exécutif sera un simple agent d'exécution sous l'autorité constante du corps législatif (art. 65). Si ce n'était l'idée de représentation à laquelle on fait une place, ce serait la pure théorie de J.-J. Rousseau, qui repousse énergiquement toute idée de séparation des pouvoirs. On a bien dit que Rousseau distinguait le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif; mais c'est jouer sur les mots. D'après Rousseau, il y a le pouvoir souverain qui appartient au peuple et qu'il ne peut déléguer et il y a le gouvernement, *commis* du peuple, qui exécute sa volonté (liv. III, chap. I). On voit par ces quelques mots que ni dans le *Contrat social*, ni dans la constitution de 1793, il n'y a rien qui rappelle de près ou de loin la séparation des pouvoirs de 1791. Rapprocher les plaisanteries de Rousseau à l'adresse des partisans de la séparation des pouvoirs (liv. III, chap. II); cf. le passage rapporté au § 30.

La constitution de 1793 ne fut pas appliquée. Dans la constitution de l'an III, la Convention reproduit presque dans les mêmes termes les principes de 1791 sur la séparation des pouvoirs et la règle des trois pouvoirs. Elle rêve aussi de créer trois pouvoirs, et particulièrement un pouvoir législatif et un pouvoir exécutif absolument distincts et indépendants l'un de l'autre. On sait combien mal elle y réussit. L'histoire du gouvernement directorial est celle d'une série ininterrompue de coups d'Etat; elle aboutit au 18 brumaire qui emporte le régime.

En 1848 les principes et les formules de 1791 reparaissent. « La séparation des pouvoirs est la première condition d'un gouvernement libre » (Const. de 1848, art. 19). Au bout de trois années d'une vie précaire, la constitution s'effondre le 2 décembre 1851. La séparation des pouvoirs ne fut point la cause unique des coups d'Etat du 18 brumaire et du 2 décembre. Les faits politiques sont le produit d'une infinité de causes complexes. Mais nous restons convaincu que la séparation rigoureuse qu'on avait voulu établir entre les organes, en l'an III et en 1848, fut la cause principale des graves conflits dont un coup de force fut le dénouement.

Les théoriciens de la séparation des pouvoirs, comprise comme en 1791, n'ont point manqué. Il n'en est pas qui aient poussé plus loin les conséquences théoriques de la conception, que l'illustre

philosophe Kant. Pour lui, chacun des grands pouvoirs de l'Etat possède une personnalité autonome et distincte ; mais malgré cette trinité, l'Etat forme une personne unique. « Chaque Etat, dit-il, renferme en soi trois pouvoirs, c'est-à-dire la volonté universelle réunie en une triple personne (*trias politica*....). Les trois pouvoirs de l'Etat sont coordonnés les uns aux autres comme autant de personnes morales ». D'après Kant, la volonté de ces trois personnes se combine dans un raisonnement pratique unique, dont la loi forme la majeure, le précepte donné conformément à la loi la mineure et la sentence judiciaire la conclusion (Kant, *Principes métaphysiques du droit*, édit. franç., 1855, p. 175 et 180). Cf. Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1906, p. 281.

Cette conception des pouvoirs apparaît aussi dans l'œuvre célèbre de L. Stein (*Die Verwaltungslehre*, 1868), bien qu'il paraisse repousser la séparation des pouvoirs. Il enseigne que le moi de l'Etat est le souverain, le support de la personnalité organique et autonome de l'Etat, quelle que soit sa forme, que l'acte par lequel l'Etat détermine les motifs qui le font agir, juge au sens logique, est la législation ; que la volonté de l'Etat tendant à s'extérioriser et pouvant s'imposer même par la force est l'exécution.

Enfin M. Hauriou, tout au moins pour le pouvoir exécutif, semble bien accepter la notion de pouvoir conçu comme un élément de la souveraineté elle-même (*Droit administ.*, 5e édit., 1903, p. 185 et 185, note 1). Cf. ce qui a été dit § 47 *in fine*.

55. La séparation des pouvoirs dans le droit actuel. — Les lois constitutionnelles de 1875 ne contiennent aucun texte analogue aux dispositions des constitutions de 1791, de l'an III et de 1848, formulant le principe de la séparation des pouvoirs. Rien d'étonnant à cela. Chacun sait que l'Assemblée de 1875 s'abstint de formuler des principes généraux et que, pressée par les événements, elle se borna à édicter quelques règles indispensables au fonctionnement d'une république, qui, dans la pensée de la majorité, ne devait durer que peu d'années. Mais vit-elle dans la séparation des pouvoirs, comprise à la manière de 1791, un principe toujours existant ?

La loi, par laquelle l'Assemblée de Bordeaux ordonna la réintégration des magistrats irrégulièrement révoqués par le Gouvernement de la Défense nationale, était ainsi conçue : « Les décrets des 28 janvier et 3 février 1871, qui ont prononcé la déchéance de quinze magistrats y dénommés, sont déclarés nuls et non avenus, comme contraires *à la règle de la séparation des pouvoirs* et au principe de l'inamovibilité de la magistrature, en réservant le droit

souverain de l'Assemblée sur l'organisation judiciaire » (25 mars 1871). Quelques jours avant, l'Assemblée avait nommé M. Thiers chef du *pouvoir exécutif* de la République française (17 février 1871) et réservant toujours son pouvoir constituant, le 31 août 1871, l'Assemblée donnait au chef du *pouvoir exécutif* le titre de président de la république. Par la loi du 20 novembre 1873, « le *pouvoir exécutif* était confié pour sept ans au maréchal de Mac-Mahon... » Enfin aux termes de l'art. 1er, § 1 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, « le *pouvoir législatif* s'exerce par deux assemblées, la chambre des députés et le sénat ».

De ces textes, il paraît résulter, au premier abord, que l'Assemblée constituante de 1871, qui a voté les lois constitutionnelles actuellement en vigueur, a voulu rester dans la tradition de 1791 et de 1848, distinguer les trois pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, reconnaître et consacrer leur indépendance, et qu'en principe la théorie rigide de la séparation des pouvoirs serait encore la base de notre droit politique. Nous ne saurions le croire. L'Assemblée de Versailles avait une trop profonde expérience des choses politiques pour qu'elle ait un moment songé à prendre, comme base de la législation politique qu'elle votait, la théorie métaphysique du fractionnement de la souveraineté en pouvoirs distincts, chacun souverain et formant par leur réunion même la souveraineté une et indivisible. Pour admettre que l'Assemblée ait eu cette conception, il faudrait que cela eût été dit expressément, et cela ne l'a été ni dans les lois ni dans les discussions. En parlant de la séparation des pouvoirs, dans la loi du 25 mars 1871, en conférant à un président de la république le pouvoir exécutif et à deux chambres le pouvoir législatif, par les lois du 20 novembre 1873 et du 25 février 1875, l'Assemblée n'a édicté aucune disposition de laquelle on doive forcément conclure que chacun des trois pouvoirs est un élément démembré de la souveraineté. Si la règle générale de la séparation des pouvoirs est une règle de notre droit constitutionnel, on n'est gêné par aucun texte de principe pour en déterminer le sens et la portée. Il est facile de montrer que ce qu'on appelle au-

jourd'hui séparation des pouvoirs, c'est une règle en vertu de laquelle il existe plusieurs organes de représentation de la souveraineté nationale, une collaboration intime et constante de ces organes, une action réciproque de l'un sur l'autre, et aussi une séparation entre le personnel administratif et le personnel judiciaire, une indépendance aussi grande que possible attribuée au personnel judiciaire. Tout notre droit public moderne, toute notre vie politique protestent contre l'isolement complet des différents organes et impliquent au contraire leur pénétration intime. Et cela est aux antipodes de la conception de 1791.

Le parlement a, dit-on, le pouvoir législatif. Si l'on prenait cette proposition au pied de la lettre, elle signifierait qu'un fragment détaché de la souveraineté entière est délégué par le peuple au parlement. Or ce fractionnement, théoriquement, ne se conçoit pas, et de fait il n'a point lieu; il n'est voulu ni du peuple qui donne le mandat représentatif au parlement, ni *a fortiori* du parlement qui reçoit ce mandat. Le parlement a le caractère représentatif; il veut pour le peuple souverain. Cela est vrai dans tous les domaines de l'activité de l'Etat, et pas seulement pour l'exercice de la fonction législative. Seulement il participe à l'exercice des fonctions de l'Etat d'une certaine manière déterminée par la constitution. Il collabore avec le chef de l'Etat à toutes les fonctions de l'Etat, mais il ne peut y collaborer que d'une certaine manière. Quand il s'agit d'édicter une règle générale, en principe le parlement arrête la décision; il peut même prendre l'initiative et édicter une décision que le chef d'Etat sera obligé d'accepter (L. 16 juillet 1875, art. 7). Pour certaines règles générales, la décision est prise par le chef de l'Etat, et le parlement n'y participe que par un contrôle ou un veto indirect qu'il peut toujours exercer en invitant le chef de l'Etat à rapporter le règlement. A la direction générale des services publics, le parlement ne reste point étranger, mais il agit seu-

lement par les invitations qu'il adresse au gouvernement.

Le chef de l'Etat a, dit-on, le pouvoir exécutif. Soit. En réalité, il participe à toute l'activité de l'Etat; mais il y participe d'une manière différente du parlement. Pour l'établissement de la règle générale, habituellement et en principe, il la propose, il la promulgue; il peut même demander une nouvelle délibération, qui ne peut lui être refusée, et si le parlement persiste dans son premier vote, le président de la république doit promulguer la loi; mais tant qu'elle n'est pas promulguée, la loi n'est point applicable (L. const. 16 juillet 1875, art. 7). Pour beaucoup de dispositions par voie générale appelées règlements, le chef de l'Etat prend la décision sous le contrôle du parlement et sauf le veto indirect toujours possible du parlement.

Ainsi deux organes, le parlement et le gouvernement, personnifiés par le chef de l'Etat, exercent l'un sur l'autre une action réciproque constante, collaborent d'une manière intime à la mise en œuvre de l'activité générale de l'Etat, mais y collaborent en des formes différentes à cause même de la diversité de leur structure. Si c'est cela qu'on appelle la séparation des pouvoirs législatif et exécutif, nous le voulons bien, il suffit de s'entendre. Mais on conviendra qu'on est bien loin du système de 1791, où chacun des organes incorporait un élément distinct de la souveraineté et devait être indépendant et souverain dans sa sphère. Aussi croyons-nous que pour éviter une confusion, au lieu de séparation des pouvoirs, il faut dire collaboration des organes.

Mais par séparation des pouvoirs, on n'entend pas seulement cela. Pour beaucoup d'auteurs, il y aurait un troisième pouvoir, le pouvoir judiciaire. C'est une question classique à l'école de savoir s'il y a actuellement un pouvoir judiciaire ou seulement une autorité judiciaire et si le contentieux administratif est con-

forme ou contraire au principe de la séparation des pouvoirs.

Cf. Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, 1899, et Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, 1905, principalement p. 59 et suiv.

On rattache unanimement tout l'ordre administratif au pouvoir exécutif; les agents de l'administration sont considérés comme des agents exécutifs. En vérité, nous ne voyons pas pourquoi on ne se pose pas aussi la question de savoir s'il n'y a pas un quatrième pouvoir, le pouvoir administratif. M. Hauriou (5e édit., p. 184) dit qu'il faut conserver cette idée traditionnelle qui rattache l'administration à l'exécution; et il en donne une raison mystique que nous n'avons pas comprise (cf. § 47 *in fine*). M. Artur déclare que le premier élément constitutif de tout *pouvoir*, c'est la séparation des fonctions, et que le second, c'est une indépendance suffisante des dépositaires de chaque fonction. S'il en est ainsi, il n'y a pas de raison pour que l'administration ne constitue pas un pouvoir distinct du pouvoir exécutif. La fonction administrative est, nous croyons l'avoir établi (cf. § 47), complètement différente de la fonction exécutive, si du moins on admet l'existence de celle-ci. D'autre part, beaucoup de fonctionnaires administratifs ont une indépendance très grande à l'égard du gouvernement; il suffit de citer les conseils administratifs élus, comme les conseils généraux, qui accomplissent au nom de l'Etat beaucoup d'actes administratifs. Si le criterium auquel, d'après M. Artur, on reconnaît les pouvoirs est vrai, on devra dire qu'il existe un pouvoir administratif distinct du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. — Nous n'avons point l'intention de soutenir un pareil paradoxe; mais nous disons cela pour montrer tout de suite combien est artificielle et vaine la controverse née sur le point de savoir s'il y a un *pouvoir* judiciaire ou une *autorité* judiciaire, et combien est incertain le criterium proposé par M. Artur.

De même que la question d'un pouvoir administratif, distinct du législatif et de l'exécutif, ne se pose pas, de même, à notre avis, ne se pose pas non plus la question d'un pouvoir judiciaire. Pour établir que le pouvoir judiciaire est un troisième pouvoir distinct du pouvoir exécutif, on doit démontrer, dit-on, qu'il y a une fonction de juger distincte des autres fonctions de l'Etat, et particulièrement de la fonction exécutive, et une indépendance suffisante des dépositaires de la fonction judiciaire (Artur, *loc. cit.*, p. 69). — Non, quand on aura démontré cela, on n'aura point démontré que la justice forme un troisième pouvoir. Sans doute, la fonction de juger est une fonction tout

à fait distincte de la fonction législative, de la fonction exécutive et de la fonction administrative. Nous admettons même que l'inamovibilité de la magistrature assure une indépendance suffisante aux magistrats. Tout cela ne prouve pas qu'il y ait un pouvoir judiciaire autonome, qu'il puisse même y en avoir un, car tout cela est vrai pour l'administration, et on ne pense point à faire de l'administration un pouvoir autonome. Pour démontrer que la justice est un pouvoir autonome, il faudrait démontrer qu'elle est un élément détaché de la souveraineté de l'Etat incorporé en un organe de représentation. Or, cette démonstration est impossible, parce que ce fractionnement de la souveraineté est lui-même impossible. C'est une conception métaphysique sans valeur réelle. Elle a été une règle du droit positif français à un moment donné, parce que les constitutions de 1791 et de l'an III et peut-être de 1848 avaient expressément déclaré que la justice était un fragment de souveraineté dont les juges se trouvaient investis. Mais aujourd'hui, aucun texte positif ne consacre cette conception; elle ne saurait donc être admise, puisqu'elle est en soi arbitraire et contradictoire avec la notion même de souveraineté une et indivisible. Nous n'en conclurons pas, comme la majorité des auteurs qui repoussent l'idée d'un pouvoir judiciaire autonome, que la justice se rattache au pouvoir exécutif. Pour nous, on l'a vu, il n'y a pas plus de pouvoir exécutif qu'il n'y a de pouvoir législatif. Il y a des agents judiciaires et des agents administratifs, des agents judiciaires qui sont placés sous le contrôle du gouvernement placé lui-même sous le contrôle du parlement. C'est le gouvernement qui les nomme, comme il nomme les agents administratifs; c'est le gouvernement qui doit assurer la bonne administration de la justice. Le gouvernement a même, près des corps judiciaires les plus importants, des agents spéciaux, les agents du ministère public qui sont chargés de le représenter.

Mais, dit-on, la preuve que derrière l'acte du magistrat judiciaire se cache un véritable pouvoir souverain, autonome, distinct des autres pouvoirs, c'est que la décision du magistrat s'impose à tous, s'impose au gouvernement, et même au parlement. Cela ne prouve rien. Quand un administrateur fait un contrat au nom de l'Etat, son acte s'impose à tous, gouvernement, parlement; et il n'y a pas un organe qui puisse délier l'Etat des obligations nées à sa charge par l'effet de ce contrat. Il est d'ailleurs facile de montrer la vraie raison pour laquelle la décision du juge s'impose au parlement, au gouvernement. Il suffit de rappeler le vrai caractère de la fonction juridictionnelle : elle consiste ou bien à constater la violation de la loi et à en tirer logiquement les conséquences que la loi elle-même y attache, ou bien à constater l'existence et l'étendue d'un droit subjectif et à ordonner la réalisation de ce droit. Par conséquent, ce n'est pas à vrai dire la décision juridictionnelle qui s'impose à l'Etat, au gouvernement, au parlement, c'est la loi elle-même, c'est le droit subjectif lui-même dont l'existence et l'étendue ont été reconnues. La force obligatoire des décisions juridictionnelles à l'égard de l'Etat est donc une conséquence logique et simple de la conception de l'*Etat de droit* : l'Etat est lié par le droit objectif et le droit subjectif, quand, au cas de violation ou de contestation, ils sont constatés par les agents auxquels la loi a donné expressément compétence à cet effet.

Conclusion. — Après cet exposé, nous pouvons répondre aux questions posées au début du § 54 et confondues à tort en cette question unique, complexe et partant singulièrement obscure, de la séparation des pouvoirs. Nous dirons : La volonté nationale peut être représentée par plusieurs organes. Il vaut même infiniment mieux qu'elle soit représentée par plusieurs organes que par un seul, parce que ces organes se limiteront, se pondèreront réciproquement. Mais s'il y a plusieurs organes de représentation, la sou-

veraineté ne peut pas être divisée en plusieurs éléments et on ne peut pas attribuer, sous le nom de *pouvoir*, à chacun de ces organes un élément partiel de la souverainté, celle-ci restant malgré cette division une et indivisible. La souveraineté est en effet la volonté de la nation personne; toute personne est indivisible; toute volonté qui en émane l'est aussi. Cette conception d'un pouvoir souverain, un en trois pouvoirs, est une conception métaphysique analogue au mystère chrétien de la trinité, qui a séduit les esprits parfois chimériques de l'Assemblée de 1789, mais qui est inadmissible dans une construction vraiment positive du droit public. Quand il y a plusieurs organes de représentation, ils collaborent forcément à toute l'activité générale de l'Etat; mais leur mode de participation est naturellement différent; il est réglé par la constitution de chaque pays et ce qu'on appelle improprement séparation des pouvoirs, c'est la diversité de la collaboration des différents organes à l'activité générale de l'Etat.

Enfin la souveraineté restant une et indivisible en son essence et étant exercée en collaboration par les organes de représentation, il existe dans tous les grands pays des agents, qui entrent en relations avec les particuliers et qui agissent sous le contrôle et sous l'impulsion des organes de représentation. Presque partout ces agents sont divisés en deux grandes catégories : les agents administratifs et les agents judiciaires. Il paraîtrait logique que les uns eussent seulement la fonction administrative et toute la fonction administrative, les autres seulement la fonction juridictionnelle et toute la fonction juridictionnelle. En France, par suite d'influences historiques, de raisons pratiques, d'habitudes prises, la répartition des fonctions entre les deux catégories d'agents n'est pas ainsi faite, et notamment la fonction juridictionnelle appartient aux agents de l'ordre administratif quand son exercice implique l'appréciation d'un acte adminis-

tratif. Cette séparation des agents judiciaires et des agents administratifs est aussi parfois appelée séparation des pouvoirs. Expression inexacte, qui est la cause de beaucoup de confusions et même d'erreurs ; on devrait dire tout simplement, séparation des deux ordres judiciaire et administratif.

56. Les Parlements. Leur composition. — Le mot *parlement* est aujourd'hui passé définitivement dans la langue politique pour désigner les assemblées délibérantes qui ont en général pour mission principale de voter les lois et le budget. Ce mot, qui vient du bas latin *parliamentum*, sert en Angleterre depuis le XVe siècle à désigner les deux assemblées qui exercent avec le roi la puissance souveraine. En France, le mot était employé très anciennement pour désigner toute assemblée. Mais depuis le XVe siècle il est réservé pour désigner les cours de justice souveraines, dont la plus ancienne, le Parlement de Paris, sorti de l'ancienne cour du roi, voulut, grâce à son droit d'enregistrement des édits du roi, jouer un rôle politique, invoquant parfois la similitude de nom et l'exemple du parlement anglais. Les Parlements cours de justice disparaissent en 1790, et au XIXe siècle, sur le continent comme en Angleterre, le mot *parlement* est devenu le terme générique par lequel on désigne les assemblées politiques.

Les parlements modernes ont, en général, une structure assez complexe. Le plus habituellement, ils sont élus, à un suffrage direct ou indirect, par un corps électoral plus ou moins étendu ; et on voit dans les parlements élus les organes par excellence de la représentation nationale. Cependant, on peut concevoir très bien qu'un parlement ne soit pas élu, qu'il soit nommé tout entier, par exemple, par le chef de l'Etat, ou qu'il se compose tout entier de personnes y siégeant par droit de naissance.

Nous avons eu, en France, depuis la Révolution, des régimes politiques sous lesquels une partie du parlement n'était pas élec-

tive. Les membres de la chambre des pairs étaient, d'après la Charte de 1814 (art. 27), nommés par le roi; leur nombre était illimité; le roi pouvait « en varier les dignités, les nommer à vie ou les rendre héréditaires, suivant sa volonté ». Aux termes des articles 3 et 4 de l'Acte additionnel de 1815, la chambre des pairs était héréditaire; les pairs étaient nommés par l'empereur en nombre illimité. La chambre des lords anglaise est presque exclusivement héréditaire; les lords spirituels ne siègent à la chambre haute qu'à titre viager. Seize pairs écossais sont élus à chaque législature et vingt-huit pairs d'Irlande sont élus à vie. En Prusse, en Autriche, en Hongrie, il existe des chambres tout entières héréditaires. En France, la loi du 29 décembre 1831 supprimait l'hérédité de la pairie et obligeait le roi à choisir les pairs, en nombre illimité d'ailleurs, parmi certaines notabilités. Le sénat impérial devenait une véritable assemblée législative par le S.-C. constitutionnel du 21 mai 1870 : tous les membres en étaient nommés par l'empereur. Le sénat italien se compose, comme la chambre des pairs de Louis-Philippe, de sénateurs nommés à vie par le roi et choisis parmi des notabilités (*Statut fondamental* du 4 mars 1848, art. 33).

On s'est demandé si une chambre non élue pouvait avoir le caractère représentatif.

En France, on a affirmé à plusieurs reprises le caractère représentatif des assemblées non élues. C'était assurément la pensée des hommes de 1830. La Charte de 1830 a été votée par la chambre des députés et la chambre des pairs; le futur roi l'accepte et par cette acceptation devient *Roi des Français;* on considère qu'un véritable contrat s'est formé entre le nouveau roi et la nation française, représentée à la fois par la chambre des députés et par la chambre des pairs. Déjà en 1814, le sénat impérial, en votant la déchéance de Napoléon Bonaparte (3 avril 1814), s'était affirmé comme représentant directement la nation française. Dans la célèbre discussion qui précéda le vote de la loi du 29 décembre 1831 abolissant l'hérédité de la pairie, l'idée que la chambre des pairs avait véritablement un caractère représentatif fut avancée à plusieurs reprises Cf. *Archives parlem.*, 2e série, LXX, p. 698, et particulièrement les discours de Berryer, de Thiers, de Guizot, de Royer-Collard et de Casimir-Perier. Rap. Guizot, *Gouvernement représentatif*, 1856, I, p. 83.

Ce n'est pas tout : la doctrine, d'après laquelle une assemblée non élue possède le caractère représentatif, a été défendue comme une conséquence logique de la vraie théorie de la représentation politique. Ainsi M. Jellinek a écrit : « Les membres d'une chambre, appelés par nomination, ne se différencient en rien des membres élus. Par suite ils ont aussi le droit de valoir comme représentants du peuple aussi bien que les membres de la chambre élue » (*Allgemeine Staatslehre*, 2e édit., 1905, p. 572). Cf. dans le même sens,

Rieker, *Die rectliche Natur der modernen Volksvertretung*, 1895, p. 8.

Nous croyons qu'une chambre non élue ne peut pas avoir le caractère représentatif. Quelle que soit la solution qu'on admette sur la nature juridique du lien existant entre la nation et le corps représentatif, il est incontestable que ce lien existe. Que le corps représentatif soit le mandataire ou l'organe du corps des citoyens, peu importe : il faut, pour qu'il y ait représentation, qu'il y ait en quelque sorte contact entre le corps représentatif et le corps représenté. Nous avons déjà dit que la doctrine qui ne voit dans les membres d'une assemblée représentative que de simples fonctionnaires et qui nie tout rapport quelconque entre l'assemblée et le corps représenté, est non seulement contraire à la théorie française, mais en contradiction même avec les faits (cf. §§ 52 et 53). Or quand les membres d'une assemblée sont héréditaires ou nommés par le roi, on n'aperçoit pas le contact entre l'assemblée et le corps des citoyens; par conséquent il manque la condition de fait indispensable pour qu'il y ait représentation.

On peut par une subtile dialectique soutenir qu'il y a représentation parce qu'une assemblée serait représentative toutes les fois qu'elle serait organe de la nation-organe et par suite organe secondaire de l'Etat, quel que soit d'ailleurs son mode de nomination. — La théorie de l'organe n'est pas ici applicable, parce qu'elle n'est, au dire même de M. Jellinek (*ibid.*, p. 571), que la forme juridique du rapport existant de fait entre électeurs et élus et qu'ici il n'y a ni électeurs ni élus. Tout ce qu'on peut dire dans la théorie juridico-organique, c'est que l'assemblée non élue, nommée par exemple par le chef de l'Etat, est un organe direct de l'Etat, mais un organe créé. La théorie de l'organe créé s'applique tout entière. L'assemblée nommée est indépendante du chef qui la nomme, comme tout organe créé est indépendant de l'organe créateur; elle est indépendante de la nation parce qu'elle est un organe direct à côté de la nation elle aussi organe direct. Mais lui attribuer le caractère représentatif, c'est méconnaître les faits et contredire les termes mêmes de la théorie juridico-organique.

Dans la théorie française de la représentation (§ 53), il est absolument impossible d'attribuer le caractère représentatif à une assemblée non élue. Le mandat représentatif de l'assemblée est

donné, non point par les circonscriptions électorales au député pris individuellement, mais par la nation-personne toute entière à l'assemblée prise en corps. Il faut donc, pour qu'il y ait représentation, que la nation soit intervenue sous une forme quelconque dans la nomination de l'assemblée. Il n'est pas nécessaire que tous les membres de la nation interviennent, ni même qu'ils puissent intervenir ; il suffit que cette volonté nationale soit exprimée par un certain nombre de personnes considérées comme seules capables de l'exprimer exactement. Mais encore faut-il que ce soient des individus, faisant partie de la nation elle-même, qui fassent la désignation des membres composant l'assemblée, si l'on veut avoir une assemblée représentative. Le roi, pourrait-on dire, fait partie de la nation ; il est, disait-on en 1789, dans la nation ; par conséquent il exprime légitimement et logiquement la volonté de la nation, et l'assemblée créée par lui peut être une assemblée représentative au même titre qu'une assemblée élue. Ce raisonnement ne vaut pas. De deux choses l'une, ou le roi a un pouvoir personnel en dehors de toute délégation à lui donnée par la nation, alors on ne peut pas dire que le roi soit dans la nation et comme tel exprime la volonté de la nation. Louis XVIII et Charles X, qui affirmaient que leur droit royal était antérieur et supérieur à la nation, ne faisaient pas partie de la nation, et la chambre des pairs, nommée par eux, ne pouvait pas être considérée comme formée par la nation exprimant sa volonté par l'organe du roi. Ou au contraire le roi n'a de pouvoir que celui que lui donne la nation, tel Louis-Philippe, en 1830, roi des Français, par la volonté nationale : alors, ou bien il est simplement un agent de la nation, n'exprime pas la volonté de la nation et, par conséquent, ne peut créer une assemblée représentative de la volonté nationale ; ou bien il est représentant de la nation (cf. Const. de 1791, tit. III, préamb., art. 2) ; mais alors il n'est plus dans la nation, et on ne peut pas dire que l'assemblée qu'il nomme dérive de la nation elle-même. On reconnaît toutefois qu'à la rigueur on peut soutenir qu'une assemblée nommée par un chef d'Etat, considéré comme représentant de la nation, a le caractère représentatif, le roi exprimant alors la volonté même de la nation. Mais on verra aux §§ 58 et 59 que c'est une question délicate de savoir quand les chefs d'Etat ont le caractère représentatif, et surtout si ce caractère peut appartenir à un chef d'Etat héréditaire.

La question des deux chambres. — Aujourd'hui, dans la plupart des pays, les parlements se composent de deux chambres. Parfois une seule des deux chambres est élective ; le plus souvent les deux chambres sont élues, mais élues avec un mode de suffrage différent. Tantôt les deux chambres ont les mêmes pouvoirs, tantôt elles ont des pouvoirs différents. Peu importe,

le fait capital et général, c'est la coexistence de deux chambres dans le même parlement; c'est, suivant l'expression consacrée, la dualité du parlement.

En France, la première constitution qui ait créé deux chambres est la constitution de l'an III : « Le corps législatif est composé d'un conseil des anciens et d'un conseil des cinq cents » (art. 44). Le mode d'élection des deux conseils était le même; ils étaient renouvables tous les ans par tiers (art. 41 et 53). L'initiative et la priorité des lois appartenaient aux cinq cents (art. 76). Le conseil des anciens ne pouvait qu'accepter ou repousser la loi en bloc (art. 86). La constitution de l'an VIII créait plusieurs corps associés à la confection des lois, le conseil d'Etat, le tribunat, le corps législatif; seul ce dernier était une chambre législative. Le sénat n'était pas une assemblée législative, mais seulement un sénat conservateur de la constitution. La constitution sénatoriale de 1814, les Chartes de 1814 et de 1830 et l'Acte additionnel de 1815 créent deux chambres dont une seule élective. Toutes deux participent dans les mêmes conditions au vote et à la discussion des lois ordinaires ; pour les lois de finances, la priorité d'après la Charte de 1814 (art. 17) et l'initiative et la priorité d'après la Charte de 1830 (art. 15) appartiennent à la chambre des députés. C'est la règle traditionnelle de l'Angleterre, qui réserve à la chambre élective, la chambre des communes, l'initiative et la priorité en matière financière. La constitution de 1852 ne créait qu'une seule assemblée législative. Le sénat impérial ne devient une seconde chambre que par le sénatus-consulte constituant du 21 mai 1870. L'assemblée nationale de 1871, dès le 13 mars 1873, déclarait qu'elle ne se séparerait pas avant d'avoir statué sur la création et les attributions d'une seconde chambre (L. 13 mars 1873, art. 5, n° 2). Elle faisait ainsi de la dualité du parlement un principe de la constitution qu'elle se disposait à voter. Le sénat et la chambre des députés sont deux assemblées électives ayant un mode de recrutement différent; ils participent de la même manière à la confection des lois. Le sénat n'a ni l'initiative, ni la priorité en matière financière (L. L. const. 25 fév. 1875, art. 1 et 24 fév., art. 8). Cf. pour le détail §§ 106-110 et 129-131.

Dans la plupart des pays étrangers qui pratiquent le régime représentatif, le parlement est divisé en deux chambres. Seuls le Grand duché de Luxembourg, la Grèce et la Serbie en Europe, les provinces d'Ontario, de Manitoba et de la Colombie britannique au Dominion du Canada ont une seule chambre. Le Mexique, l'Equateur, le Pérou et la Bolivie sont revenus au système des deux chambres après avoir pratiqué quelque temps le système de la chambre unique. La Serbie, au contraire, après avoir établi deux chambres, est revenue à son système antérieur de l'unité parlementaire dans des circonstances qu'il n'est pas inutile de rapporter. La constitution

serbe du 6-19 avril 1901 (art. 70-75) créa à côté de la *Skoupchtina* une seconde chambre, le sénat, composée de membres élus, de membres de droit et de membres nommés par le roi. Mais après le meurtre du roi Alexandre et de la reine Draga (28-29 mai 1903), la représentation nationale (Skoupchtina et le sénat), élue sous le régime de la constitution de 1901, s'est réunie à Belgrade (2 juin 1903) pour élire le nouveau roi (Pierre Karageorgevitch) et remplaça le 5 juin la constitution de 1901 par une constitution nouvelle, qui, à peu de chose près, était identique à la constitution de 1888 connue sous le nom de *constitution radicale*, et ainsi il n'y a plus de sénat, mais seulement une chambre unique, la Skoupchtina. V. la const. du 5 juin 1903, *Annuaire de législation étrangère*, 1904, p. 601, et *Note* de M. Peritch, *Bulletin société législ. comparée*, 1903, p. 436.

On peut se demander si l'empire allemand a deux chambres ou une seule. C'est en effet une question de savoir quel est exactement le caractère du *Bundesrath*. Est-il une véritable assemblée législative composée des représentants des Etats fédérés, nommés par les gouvernements, ou une sorte de congrès diplomatique composé des envoyés de chaque Etat, pour délibérer sur les affaires communes ? D'après M. Laband, le *Bundesrath* a deux caractères qui résultent de ses origines historiques ; le *Bundesrath* sert d'un côté à exercer et à faire valoir les *droits de membre* des Etats particuliers, et d'un autre côté il est un organe de l'empire. Cependant, d'après le savant auteur, on ne peut le comparer à une chambre haute ; il est en contradiction violente avec toute espèce de corps parlementaire, parce que les membres du *Bundesrath* votent conformément aux instructions reçues de leurs gouvernements respectifs, auxquels ils doivent rendre compte de leur vote (Laband, *Droit public*, édit. franç., 1900, I, p. 355 et 356).

D'après les lois fondamentales russes publiées le 25 avril-8 mai 1906, le conseil d'empire réorganisé paraît avoir le caractère de seconde chambre à côté de la *Douma*. Il y est dit en effet : « L'empereur promulgue les lois d'accord avec le conseil d'empire et la *Douma* ». Le conseil de l'empire est l'ancien conseil augmenté de quatre-vingt-seize membres élus, sous condition de cens élevé ou de garanties spéciales de capacité, dans une proportion fixe, par le clergé orthodoxe, les corps savants, les chambres de commerce, les assemblées provinciales de noblesse et surtout par les *Zemstvos*, sorte de conseils généraux des provinces. Cf. Manifeste du 17-30 octobre 1905. Pour la composition de la *Douma*, cf. § 100.

En général, dans les pays fédéraux, des deux chambres l'une représente les individus, l'autre les Etats, dont la réunion forme la fédération. Le nombre des membres de la chambre basse varie d'après la population ; celui des membres de la chambre haute est déterminé par le nombre des Etats, qui ont chacun le même nombre de représentants, quelle que soit leur population. Aux Etats-

Unis, la chambre des représentants représente les individus, et chaque Etat y élit, d'après ses lois électorales propres, un nombre de députés qui varie suivant sa population. Quant au sénat américain, il se compose de deux sénateurs par Etat, quelle que soit sa population. Ils sont élus pour six ans par la législature de chaque Etat (Const. américaine, art. I, sect. 3, § 1). Cependant la commission des élections de la chambre des représentants vient de se prononcer en faveur d'amendements à la constitution en vertu desquels le sénat serait élu par le suffrage populaire direct et non plus par la législature des Etats (*Le Temps*, 14 avril 1906). La Suisse, pour les mêmes raisons, a adopté le système américain. Des deux chambres fédérales, l'une, le conseil national, représente les individus, l'autre, le conseil des Etats, les cantons, dont chacun nomme deux députés, quelle que soit sa population. — D'après la constitution de la *Commonwealth australienne*, fondée sur le principe fédéral, chaque Etat originaire nomme deux sénateurs, quelle que soit sa population, et le parlement, qui peut augmenter ou diminuer le nombre des sénateurs, doit toujours maintenir une représentation égale des Etats au sénat. Dans chaque Etat, sénateurs et représentants sont nommés par les mêmes électeurs (Const. 9 juillet 1900, art. 7, *Annuaire législ. étrang.*, 1901, p. 762).

Dans les Etats unitaires, ce système n'aurait pas sa raison d'être et M. Dufaure se trompait assurément quand il proposait en 1873 (*Projet* de loi constitutionnelle déposé le 19 mai 1873) de composer le sénat de trois sénateurs élus par chaque département. Nos départements sont de pures divisions administratives sans analogie avec les Etats de la fédération américaine ou les cantons suisses. On verra plus loin que la vraie solution du problème des deux chambres réside dans un système qui assure dans l'une la représentation des individus et dans l'autre la représentation des groupes sociaux ou la représentation professionnelle (cf. § 57).

L'Espagne a fait une place notable dans sa législation électorale à la représentation professionnelle. Son sénat se compose : 1° de sénateurs de droit; 2° de sénateurs nommés à vie par la couronne; 3° de 180 sénateurs élus pour dix ans (renouvelables par moitié tous les cinq ans) ; sur ces 180 sénateurs élus, 150 sont élus par les députations provinciales et par des délégués des communes; les autres sont élus par les archevêques, évêques et chapitres de chacune des provinces, par les universités et par les sociétés économiques qui réunissent certaines conditions (Const. espagnole 30 juin 1876, *Annuaire législ. étrang.*, 1877, p. 418; et Loi électorale du sénat, 8 février 1877, *ibid.*, 1878, p. 430).

Dans plusieurs pays, comme en France, la chambre haute est élue en tout ou en partie par les corps administratifs locaux électifs ou par leurs délégués. Il en est ainsi en Suède, en Hollande. En Belgique, le sénat est élu par les mêmes électeurs que la chambre, mais on y adjoint un certain nombre de sénateurs élus

par les conseils provinciaux (Const. belge revisée en 1893, art. 53 et suiv., *Annuaire législ. étrang.*, 1894, p. 381).

C'est un fait général, qui s'impose avec une force singulière à l'attention de l'observateur, que dans la plupart des pays modernes, les parlements comprennent deux chambres distinctes et siégeant séparément, ayant en général un mode de recrutement différent. Une institution qui se présente avec un tel caractère de généralité et de permanence répond incontestablement à un besoin réel. Il y a en effet, dans l'existence de deux chambres se limitant réciproquement, une garantie sérieuse et indispensable contre les empiétements du parlement. Montesquieu avait dit très justement, en parlant de la constitution d'Angleterre : « Le corps législatif y étant composé de deux parties, l'une enchaînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher » (*Esprit des lois*, liv. XII, chap. VI). La tyrannie d'une assemblée élue est aussi redoutable que celle d'un prince héréditaire. Les constitutions ont d'abord été faites pour protéger l'individu contre l'arbitraire royal, et pour cela on a donné la prépondérance dans l'Etat à un parlement élu. Mais l'élection n'est point une garantie suffisante que le parlement n'excèdera pas ses pouvoirs. Le meilleur procédé qu'on ait encore trouvé pour éviter dans la mesure du possible la tyrannie parlementaire, c'est de créer deux assemblées, dont le concours sera nécessaire pour le vote des lois et du budget et qui se limiteront ainsi réciproquement. L'exemple de la Convention en France montre ce que peut être la tyrannie d'une assemblée, et nous ne supposons pas qu'on ose l'invoquer en faveur de l'unité du parlement.

Cependant le système de la dualité a rencontré de tout temps des objections d'ordre divers et des adversaires très convaincus. — On a fait d'abord une objection tirée de la nature même de la souveraineté : la souveraineté, a-t-on dit, est la volonté nationale; la volonté nationale est *une* et *indivisible* dans son

essence; elle ne peut être divisée dans sa représentation; il serait contradictoire de lui donner deux organes de représentation.

Ce raisonnement a été fait dès 1789. Les *constitutionnels* par l'organe de Mounier demandaient deux chambres (31 août 1789). Dans la séance du 10 septembre 1789, à une très forte majorité, l'Assemblée vota le principe de l'unité du corps législatif (Const. de 1791, tit. III, chap. I, préamb., art. 1). L'argument tiré de l'unité de la souveraineté fut très nettement exposé par Rabaud-Saint-Etienne. « Mais, disait-il, le souverain est une chose une et simple, puisque c'est la collection de tous sans en excepter un seul; donc le pouvoir législatif est un et simple; le souverain ne peut pas être divisé, car il n'y a pas plus deux ou trois ou quatre pouvoirs législatifs qu'il n'y a deux ou trois ou quatre souverains. Et au rebours et par conséquent si vous divisez le pouvoir législatif en deux ou trois, vous divisez le souverain en deux ou trois, chose qui n'est pas au pouvoir des hommes, car ils ne peuvent pas faire que le souverain, qui est nécessairement la collection de tous en un, soit autre chose que la collection de tous en un » (*Archives parlem.*, 1re série, VIII, p. 569). — On fit valoir un autre argument qui a été souvent reproduit depuis, mais qui en 1789 avait naturellement une grande force. On disait : ou bien les deux assemblées auront un même mode de recrutement, alors l'une d'elles est inutile; ou bien elles auront un mode de recrutement différent, et l'une d'elles deviendra un véritable corps aristocratique. « Si les deux chambres ont la même formation, disait Mathieu de Montmorency, l'une d'elles devient inutile, puisqu'elle ne serait plus qu'un bureau nécessairement toujours influencé par l'autre. Si leur formation n'est pas la même et qu'on adopte l'idée d'un sénat, il établira l'aristocratie et conduira à l'asservissement du peuple » (*ibid.*, VIII, p. 585). L'art. 1er du préamb. du chap. I du titre III de la const. de 1791 : « L'assemblée nationale formant le corps législatif.... n'est composée que d'une chambre » fut voté à une grande majorité.

L'argument tiré de l'unité de la souveraineté a été reproduit en 1848; et c'est convaincue par cet argument que l'Assemblée constituante vota le principe de l'unité du parlement (Const. de 1848, art. 20). Armand Marrast, rapporteur de la commission de constitution, qui proposait le texte devenu l'art. 20, avait écrit dans son rapport : « La souveraineté est une, la nation est une, la volonté nationale est une. Comment donc voudrait-on que la délégation de la souveraineté ne fût pas unique, que la représentation nationale fût coupée en deux, que la loi émanant de la volonté générale fût obligée d'avoir deux expressions pour une même pensée? » (*Moniteur*, 31 août 1848, p. 2237).

L'existence de deux chambres n'est point incompatible avec l'unité et l'indivisibilité de la souveraineté.

Si l'on admet que la souveraineté est la volonté même de la nation, certainement elle ne peut pas être fragmentée, et ses divers éléments ne peuvent pas être délégués séparément à des organes distincts; la séparation des pouvoirs, au sens rigoureux de l'expression, telle qu'on l'entendait en 1789-91 et peut-être encore en 1848, est logiquement impossible (cf. § 54). Mais la création de deux chambres n'implique aucunement, à la différence de la séparation des pouvoirs, le morcellement de la souveraineté dans sa représentation. En effet, malgré la dualité des chambres, le parlement reste *un;* il est complexe dans sa structure, mais il est *un* en son essence, et la délégation n'est donnée qu'à un seul organe. Le parlement est composé d'individus; on ne dira pas que la représentation est divisée entre autant d'individus qu'il y a de membres du parlement; on ne peut pas dire davantage que la représentation est coupée en deux, parce que les membres du parlement sont groupés en deux chambres. En créant deux chambres, on ne distingue point deux volontés dans le peuple; on donne seulement à l'organe *un* de représentation une structure interne qui paraît devoir lui permettre de remplir plus utilement sa fonction.

Les partisans de l'unité du parlement, reconnaissant aujourd'hui que l'argument théorique n'a pas grande valeur, font valoir des raisons d'ordre pratique. Ils font d'abord observer que la division rend possibles des conflits entre les deux chambres, que ces conflits peuvent affaiblir le parlement, le rendre impuissant devant un pouvoir exécutif entreprenant, d'autre part, peuvent retarder des réformes heureuses, et même entraver le fonctionnement du gouvernement. A ces arguments les faits répondent d'eux-mêmes. L'unité du parlement, consacrée par la constitution de 1848, n'empêcha point le coup d'Etat du 2 décembre 1851, moins de trois ans après la mise en application de la constitution. Malgré la dualité du

parlement, créée par les lois constitutionnelles de 1875, la lettre de la constitution n'a pas été violée une seule fois depuis trente et un ans ; et si pendant cette durée l'un des pouvoirs a grandi au détriment de l'autre, ce n'est pas assurément le pouvoir exécutif. Quant au danger d'un conflit entre les deux chambres, assez grave pour provoquer l'anarchie, il est purement chimérique. Le plus souvent le conflit se termine par une transaction fondée sur des concessions réciproques, et ce régime de transaction est le propre des gouvernements modérés. Sans doute dans ces transactions la logique pure n'est pas toujours satisfaite ; mais si la liberté est respectée et si les affaires du pays sont bien gérées, cela suffit.

Au reste, à défaut de transaction, il est un moyen légal de résoudre les conflits parlementaires qu'aucun législateur prudent ne doit omettre d'inscrire dans la constitution (le législateur de 1848 a commis la grande faute de l'oublier), c'est la dissolution d'une des chambres ou des deux chambres, le corps électoral, le souverain étant ainsi appelé à juger le conflit, tous les corps de l'Etat devant se soumettre à son verdict sans appel. Sur la dissolution, cf. §§ 60 et 137. On a dit aussi que la présence de deux chambres avait pour effet de retarder considérablement l'œuvre législative. C'est possible, et nous nous en félicitons, car l'important, pour un pays, n'est point d'avoir beaucoup de lois, mais d'avoir de bonnes lois. Or certainement, l'expérience le prouve, les lois sont mieux faites par deux chambres que par une seule.

L'argument qui semble avoir frappé certains esprits est celui que formulait déjà Mathieu de Montmorency en 1789, et qui consiste à dire : ou bien les deux chambres auront le même mode de recrutement, et alors l'une d'elles est inutile ; ou bien les deux chambres auront un mode de recrutement différent, et alors une d'elles seulement pourra prétendre représenter exactement la volonté nationale. Cet argument

ne porte pas plus que les précédents. Assurément, les deux chambres ne peuvent pas, ne doivent pas avoir le même mode de recrutement. Peut-être pourrait-il se faire que, bien que recrutées de la même manière, les deux chambres eussent un esprit, des tendances différents; mais il serait à craindre qu'ils répondissent plutôt à des rivalités de personnes ou de partis qu'à des conceptions générales différentes des intérêts du pays. Assurément aussi, si l'une des deux chambres est héréditaire, si elle est nommée par le chef de l'Etat, si elle est élue à un suffrage restreint, ou si même élue au suffrage universel, le choix des électeurs ne peut porter que sur des citoyens appartenant à certaines catégories, on peut dire très justement qu'une assemblée ainsi recrutée ne représente pas la volonté nationale, et que dans un pays démocratique elle est une contradiction. Mais on peut trouver un système qui, tout en donnant aux deux chambres un mode de recrutement différent, fasse des deux chambres une représentation du pays. Par exemple l'une des chambres peut être élue au suffrage universel direct, et l'autre au suffrage universel à deux ou plusieurs degrés; l'une et l'autre peuvent alors prétendre représenter la volonté nationale; seulement, dans l'une des chambres la sélection sera plus grande que dans l'autre, et cette chambre sera naturellement appelée à exercer une action modératrice indispensable dans tout gouvernement. Mais telle n'est point cependant, à notre avis, la vraie solution du problème. On discute les mérites respectifs du suffrage direct et du suffrage à deux degrés; en vérité, on ne peut donner une solution générale, mais seulement une solution relative dépendant du degré de culture et de l'esprit politique du pays considéré. Quoi qu'il en soit, celui des deux modes de suffrages qui est reconnu le meilleur, soit absolument, soit dans le pays considéré, doit être appliqué aux deux chambres; il n'y a pas de raison de ne l'appliquer qu'à une seule, car alors le mode de nomina-

tion de celle-ci serait bon, et celui de l'autre défectueux.

On aperçoit la vraie solution du problème si l'on comprend qu'une société, une nation se compose non seulement d'individus, mais encore de groupes d'individus qui constituent autant d'éléments sociaux distincts des individus : les groupes communaux, familiaux, les associations ouvrières, agricoles, industrielles, commerciales, scientifiques et même religieuses. Si l'on veut que le parlement soit une exacte représentation du pays, il faut qu'il soit composé de deux chambres, dont l'une représentera plus particulièrement les individus (la chambre des députés) et dont l'autre (le sénat) représentera plus particulièrement les groupes sociaux, suivant un système que l'art politique saura déterminer pour chaque pays. Cf. § 56 la question de la représentation professionnelle. Les deux chambres ont alors un mode de recrutement démocratique, national ; le parlement contient alors tous les éléments constitutifs du pays ; il est véritablement un organe de représentation.

Cette idée a été nettement exprimée à la chambre des députés par M. l'abbé Lemire dans la séance du 16 mars 1894 : « Le sénat, disait-il, est issu d'un mode de votation trop analogue au nôtre... A côté de la chambre des députés, issue du suffrage universel direct, je voudrais une autre chambre nommée par les divers états, professions, corps de métiers... Cette assemblée mettrait, à côté de la représentation numérique que nous avons, la représentation professionnelle que nous n'avons pas et que l'on demande de toutes parts. L'une contrôlerait l'autre ; et nous aurions de la sorte une constitution vraiment démocratique » (*J. off.*, 1894, *Débats parlem.*, chambre, p. 562).

M. Jenks justifie d'une manière analogue l'institution des deux chambres dans les pays démocratiques modernes, où les questions économiques sont des questions primordiales. Ayant en vue la constitution de l'Etat de Victoria (Australie), il écrit : « En termes généraux le conseil législatif est l'organe du capital... Les traits opposés qui caractérisent l'assemblée législative font..., de celle-ci le porte-voix du travail. Et comme il est évidemment nécessaire que chacun de ces deux grands partis soit dûment représenté dans le gouvernement du pays, l'état de choses actuel est satisfaisant dans une certaine mesure » (Jenks, *The government of Victoria*, 1891).

Cf. notre étude sur l'*Election des sénateurs, Revue polit. et parl.*, V, p. 460 et suiv., 1895.

57. Les parlements. Leur nomination. — On a montré, au début du paragraphe précédent, que les parlements non élus ne pouvaient pas avoir le caractère représentatif. Or, comme la forme générale des gouvernements modernes est la forme représentative, les parlements sont élus, et même dans la plupart des pays où le parlement se compose de deux chambres, toutes les deux sont élues. Nous avons indiqué la tendance qui se manifeste dans tous les pays modernes vers l'adoption du suffrage universel, et nous indiquerons aux §§ 99 et 100 l'état actuel des législations modernes sur ce point. Nous voulons seulement montrer ici comment le suffrage, restreint ou universel, intervient en général et doit intervenir pour la nomination des membres du parlement, organe représentatif de la volonté nationale.

Suffrage direct ou indirect. — La première question qui se pose est celle de savoir si le suffrage doit être *direct* ou *indirect*, à deux ou à plusieurs degrés. La plupart des pays pratiquent aujourd'hui, au moins pour la chambre basse, le suffrage direct.

Nos assemblées de l'époque révolutionnaire au contraire préféraient le suffrage à deux degrés. On sait que la constitution de 1791 (titre III, ch. I, sect. II-sect. V) organisait des *assemblées primaires* de canton, qui nommaient des assemblées électorales, lesquelles nommaient les membres du corps législatif, les magistrats et les administrateurs de département et de district. Les membres des assemblées municipales et les juges de paix étaient seuls nommés directement par les assemblées primaires. L'Assemblée législative, par son décret du 10 août 1792, supprima la distinction des citoyens actifs et passifs (cf. § 99), mais maintint le vote à deux degrés, et la Convention fut bien élue au suffrage universel, mais au suffrage à deux degrés. La constitution de 1793 institua le suffrage universel direct pour l'élection des législateurs, mais elle conserva l'élection à deux degrés des administrateurs de département et de district, des arbitres publics et des juges criminels (Const. de 1793, art. 8, 80, 91 et 97). Avec la constitution de l'an III, la Convention revient au système général du suffrage à deux degrés; les assemblées électorales, élues par les assemblées primaires, élisent les membres du corps législatif, les membres du tribunal de cassation, les hauts

jurés, les administrateurs de département, les président, accusateur public et greffier du tribunal criminel, les juges des tribunaux civils (Const. an III, art. 41). Les juges de paix et les officiers municipaux étaient seuls nommés au suffrage direct.

L'expérience du suffrage à deux degrés faite pendant le Directoire, en application de la constitution de l'an III, n'est certainement pas favorable à ce mode de votation. On peut dire, il est vrai, que pendant cette période le fonctionnement de ce système a été faussé par diverses circonstances extérieures et que l'expérience ne s'est point faite dans des conditions normales. Le système du vote à deux degrés n'est point contraire au principe démocratique. On a montré au § 23 que le principe de la souveraineté nationale n'implique même pas le suffrage universel; *a fortiori* n'implique-t-il pas le suffrage direct. Nous croyons que la solution de la question ne peut être donnée d'une manière absolue, et dépend des circonstances, des mœurs du pays, et surtout de son degré de culture et de sagesse politique. Il est hors de doute que le suffrage indirect assure une meilleure sélection, atténue l'ardeur des luttes électorales, évite les entraînements irréfléchis. Par conséquent, dans les pays où l'instruction est peu répandue, où l'éducation politique est encore peu développée, il sera prudent d'établir le suffrage à deux degrés.

Que décider pour la France ? On ne saurait méconnaître que chez nous la question n'est pas entière. Par un étrange abus de mots, suffrage universel et suffrage direct, suffrage restreint et suffrage à deux degrés sont devenus des expressions synonymes. Qui parlerait d'établir le suffrage à deux degrés, serait accusé de vouloir supprimer le suffrage universel. Nous croyons d'ailleurs que dans notre pays l'instruction est assez répandue et même l'éducation politique assez développée pour que les citoyens puissent voter directement. De plus, l'application du suffrage à deux degrés au sénat ne paraît pas avoir produit une sélection très grande dans cette assemblée, dont le niveau

intellectuel est plutôt inférieur à celui de la chambre. Il convient de dire que la loi électorale du sénat a faussé le système du suffrage à deux degrés en donnant l'électorat sénatorial, non pas à des électeurs spécialement élus dans ce but, mais aux membres d'assemblées administratives élues ou à leurs délégués (cf. § 108).

Scrutin de liste et scrutin uninominal. — Le corps électoral, quel qu'il soit, ne peut évidemment former un collège électoral unique. Dans les grands pays qui comptent plus de dix millions d'électeurs, comme la France, il y a une impossibilité matérielle à cela. On est donc obligé de diviser le pays en circonscriptions électorales, qui nommeront chacune un certain nombre de députés. Cette nécessité matérielle a fait naître la question depuis longtemps très discutée du scrutin de liste et du scrutin uninominal. Le pays sera-t-il divisé en un certain nombre de petites circonscriptions ne nommant chacune qu'un seul député? Ou au contraire en circonscriptions plus étendues, qui chacune nommeront un certain nombre de députés, chaque électeur pouvant porter sur son bulletin de vote autant de noms que de députés à élire par la circonscription à laquelle il appartient?

En France, la question s'est surtout posée et se pose encore pour la chambre des députés; et comme les lois qui ont établi le scrutin de liste ont pris pour base des divisions électorales le département, et que celles qui ont établi le scrutin uninominal ont fixé les divisions électorales sur la base des arrondissements, la question est souvent appelée question du scrutin de département et du scrutin d'arrondissement.

En 1848, la constitution qui consacrait pour la première fois en France le principe du suffrage direct et universel, maintenait le système établi par le décret du gouvernement provisoire du 5 mars et décidait que l'élection des représentants se ferait par département et au scrutin de liste (art. 30). La loi électorale du 15 mars 1849 en réglait le fonctionnement. Le scrutin de liste était alors considéré par le parti républicain tout entier comme la condition

essentielle de la sincérité des élections. Les auteurs de la constitution de 1852, voulant assurer l'action directe du gouvernement sur le corps électoral, établirent le scrutin uninominal (art. 36). Le gouvernement pouvait même fixer à son gré les limites des circonscriptions électorales (cf. le décret organique et le décret réglementaire du 2 février 1852). Le scrutin uninominal était d'ailleurs une des *cinq bases* de la proclamation du 2 décembre 1851 : «..... 4° Un corps législatif... nommé par le suffrage universel, sans scrutin de liste qui fausse l'élection ». Après le 4 septembre, le décret du Gouvernement de la Défense nationale du 29 janvier convoque les électeurs à l'effet de nommer une assemblée nationale et décide que les élections se feront conformément à la loi électorale du 15 mars 1849, c'est-à-dire, suivant le principe républicain, au scrutin de liste. Dans son projet de loi électorale, la deuxième commission des Trente proposait en 1875 l'établissement du scrutin de liste ; il fut défendu devant l'assemblée par M. Ricard et par M. Gambetta au nom des principes républicains (*Ann. de l'Ass. nat. de 1871*, XLII, p. 111 et 134). Mais combattu par le gouvernement il est repoussé, et la chambre vote un amendement de M. Lefèvre-Portalis, qui devient l'art. 14 de la loi du 30 novembre 1875, établissant le scrutin uninominal. Pour le commentaire détaillé de ce texte, cf. § 106. Au mois de janvier 1882, le ministère Gambetta propose l'introduction dans la loi constitutionnelle du principe du scrutin de liste ; mais Gambetta est renversé sur la question même de la revision constitutionnelle (27 janvier 1882). Cependant la loi du 16 juin 1885 supprime le scrutin uninominal, établit le scrutin de liste par département. Mais en 1889 (loi du 13 février 1889), effrayé par les progrès du *Boulangisme*, oubliant ses traditions et ses principes, le parti républicain rétablit le scrutin uninominal (système de l'art. 14 de la loi du 30 novembre 1875), lequel existe encore aujourd'hui. Saisie à plusieurs reprises de propositions tendant au rétablissement du scrutin de liste, la chambre des députés ne les a même pas discutées. Cependant, le 7 avril 1905, M. Louis Buyat déposait, au nom de la commission du suffrage universel, un rapport sur la proposition de M. Klotz ayant pour objet le rétablissement du scrutin de liste : ce rapport conclut au rétablissement du scrutin de liste et laisse entendre que ce mode de scrutin pourra être utilement complété par le système de la représentation proportionnelle. V. le rapport Buyat, *J. off., docum. parlem.*, chambre, sess. ord. 1905, p. 389. Rap. le rapport de M. Charles Benoist sur la représentation proportionnelle, *ibid.*, p. 471. Dans la deuxième séance du 21 novembre 1905, la chambre décida d'inscrire la question de la réforme électorale à son ordre du jour du vendredi matin, après la loi sur la marine marchande (*J. off., débats parlem.*, chambre, 1905, p. 3422). Mais la fin de la législature est arrivée sans que la chambre ait abordé cette discussion. Aux élections de mai 1906, beaucoup de candidats élus ont mis au pre-

mier rang de leur programme l'établissement du scrutin de liste. Nous nous plaisons à espérer que la législature actuelle réalisera enfin cette importante réforme. Dès le 10 juillet 1906, elle a nommé sa commission du suffrage universel, ce qui semble indiquer son intention de faire aboutir la réforme (cf. *Le Temps*, 13 juillet 1906, et le 4 juillet 1906 la chambre avait déclaré l'urgence d'une proposition de M. Depasse tendant au rétablissement du scrutin de liste.

Il est hors de doute que celui des deux modes de scrutin qui s'harmonise le mieux avec la théorie française de la représentation politique, c'est le scrutin de liste. La conception française repose tout entière sur cette idée qu'il n'y a point de mandat donné par la circonscription aux députés qu'elle nomme, mais un mandat donné par la nation tout entière au parlement lui-même, que les députés ne sont point représentants de la circonscription « mais de la nation tout entière » (Const. 1791, tit. III, chap. I, sect. III, art. 7). Par conséquent, les circonscriptions ne sont faites qu'à cause de l'impossibilité matérielle où l'on se trouve de réunir les électeurs en un seul collège électoral. On se rapprochera donc d'autant plus de la vérité que l'on partagera le pays en circonscriptions électorales plus grandes. L'idéal ce serait qu'il n'y en eût pas. Moins elles seront nombreuses et plus elles seront grandes, plus on sera près de la solution idéale.

L'examen des faits confirme les conclusions auxquelles conduit la théorie. Nous ne voulons pas dire que le scrutin de liste ne présente aucun inconvénient; mais il nous semble évident qu'il en présente beaucoup moins que le scrutin d'arrondissement. Les défauts capitaux du scrutin d'arrondissement apparaissent à tous les yeux. Il favorise au premier chef la corruption électorale; souvent, sinon toujours, le candidat nommé est celui qui fait le plus de promesses, qui fait obtenir ou que l'on croit en mesure de faire obtenir le plus de faveurs, places, décorations, chemins de fer, etc., et quelquefois tout simplement celui qui dépense le plus d'argent pour son élection. Avec le

scrutin d'arrondissement les questions de personnes, les questions locales prennent le pas sur les questions d'intérêt général. Nous ne pensons point que le scrutin de liste fasse disparaître comme par enchantement la corruption électorale; mais il n'est pas douteux qu'avec ce mode de scrutin elle est plus difficile et sera moindre forcément. D'autre part, avec le scrutin de liste seulement, les élections peuvent se faire sur un programme d'ensemble et permettant de dégager nettement l'orientation politique du pays. Comme l'a dit M. Waldeck-Rousseau, « le scrutin d'arrondissement a le tort de donner plutôt la mesure de la popularité des personnes que la mesure exacte de l'opinion des circonscriptions » (Cité d'après le rapport précité de M. Buyat).

On a dit, en faveur du scrutin uninominal, qu'il offrait ce grand avantage que l'électeur pouvait connaître son député, que des relations confiantes pouvaient s'établir entre eux deux. Cela est au contraire, à notre sens, un argument contre ce mode de scrutin. Le député n'est pas le mandataire de l'électeur; il est le mandataire du pays; il n'y a aucun intérêt ni pour le député ni pour l'électeur à ce qu'ils se connaissent personnellement; il suffit qu'il n'y ait pas d'équivoque sur le programme politique, économique et social du député. Ces relations d'intimité, que crée le scrutin d'arrondissement entre électeurs et député, font de celui-ci le commissionnaire de ses électeurs et l'obligent à passer son temps dans les antichambres ministérielles.

Enfin le scrutin d'arrondissement présente surtout de graves inconvénients dans un pays centralisé comme la France, où, quoi qu'on dise, l'action gouvernementale s'exerce toujours dans les élections. Elle s'exerce surtout d'autant plus facilement et efficacement que les circonscriptions électorales sont plus petites. Dans chaque arrondissement, le gouvernement a son agent électoral, le sous-préfet, dont

l'avancement dépend de son habileté à faire passer le candidat agréable.

Nous conclurons en disant avec M. Goblet : « Le scrutin de circonscription n'abaisse pas seulement le niveau intellectuel des chambres, en réduisant les luttes électorales à des luttes de personnes ; il abaisse leur moralité en substituant à la considération de l'intérêt général l'unique souci des intérêts particuliers. Ainsi les caractères deviennent de plus en plus rares et on ne rencontre plus autour de soi que des ambitions et des appétits » (*Revue politique et parlementaire*, 1905, I, p. 254).

Cf. Cavaillès, *Le mode de scrutin et la centralisation administrative*, *Rev. polit. et parl.*, 1906, I, p. 94.

L'établissement du scrutin de liste, s'il avait lieu, ne produirait point immédiatement les heureux effets que nous en attendons. On ne change pas aisément les habitudes prises, les amours-propres locaux. Il est probable qu'aux premières élections, chaque arrondissement voudrait avoir son candidat et qu'au point de vue des personnes, le scrutin de liste ne serait tout d'abord, comme il l'a été en 1885, qu'une doublure du scrutin d'arrondissement. Mais par la force des faits, l'état de choses changerait bientôt. Au reste, tout vaut mieux que l'instrument de corruption générale qu'est à l'heure actuelle le scrutin d'arrondissement. Enfin et surtout, nous voulons le scrutin de liste parce qu'il est la condition nécessaire d'une réforme que nous considérons comme indispensable, l'établissement de la représentation proportionnelle.

Représentation proportionnelle. — On désigne par cette expression, d'ailleurs peu exacte, le système électoral qui tend à assurer dans chaque circonscription aux différents partis, comptant un certain nombre de membres, un nombre de députés variant suivant l'importance numérique de chacun. L'expression de représentation proportionnelle n'est pas tout à fait exacte, parce qu'elle semble impliquer que, dans ce

système, le député devient le représentant du parti qui le nomme. Or, l'adoption de ce système n'implique l'adoption d'aucune théorie spéciale sur la représentation politique, ni la théorie du mandat impératif, ni celle du mandat représentatif, ni celle du député organe, et le système s'adapte sans difficulté à chacune de ces théories. Aussi devrait-on dire plus exactement l'élection proportionnelle. Cf. Saripolos, *L'élection proportionnelle*, 2 vol., 1899. Notons aussi qu'en parlant d'une élection proportionnelle, on n'entend point, ce qui est matériellement impossible, une proportion mathématiquement exacte entre le nombre des députés attribués à chaque parti et son importance numérique, mais seulement une proportion approximative.

Le système électoral pratiqué en France et encore dans beaucoup d'autres pays a reçu le nom peu français, mais très exact, de système *majoritaire*. La population forme la seule base de la représentation, et la loi de la majorité est appliquée sans atténuation. Seuls sont élus les candidats qui ont la majorité numérique dans chaque circonscription, quelque forte que soit la minorité de leurs concurrents; de telle sorte que ce système, appliqué logiquement, peut conduire à ce résultat que dans un parlement il n'y ait que les élus de la moitié plus un du nombre total des électeurs et que la moitié moins un des électeurs n'y ait aucun député.

Certains auteurs estiment que c'est là un excellent système électoral, le seul conforme au principe de la souveraineté nationale et à la vraie conception de la représentation. Ainsi M. Esmein écrit : « La loi de la majorité est une de ces idées simples qui se font accepter d'emblée ; elle présente ce caractère que d'avance elle ne favorise personne et met tous les votants sur le même rang » (*Droit constitutionnel*, 4e édit., p. 225). Le savant auteur écrit encore : « La population doit être la seule base de la représenta-

tion ; toute autre répartition dénaturerait encore la souveraineté nationale qui suit la loi du nombre » (*ibid.*, p. 231). C'est précisément parce qu'elle est « une idée simple » que la loi de majorité nous paraît très sujette à caution. En bref elle aboutit à l'oppression d'une partie de la nation par l'autre, sous ce prétexte que cette dernière compte quelques voix de plus que l'autre. C'est pour atténuer l'injustice d'un pareil résultat qu'on a essayé d'organiser le suffrage sur le principe de la représentation proportionnelle, de telle sorte que chaque parti ait au parlement un nombre de représentants correspondant à peu près à ses forces numériques. Il semble que ce soit la justice même. Cependant, ce système a rencontré des objections d'ordre théorique et pratique.

Des partisans convaincus de la représentation proportionnelle, comme M. Saripolos (*La démocratie et l'élection proportionnelle*, 1899) et les proportionnalistes suisses prétendent ou laissent entendre que la théorie française de la représentation politique répugne complètement à l'établissement de la représentation proportionnelle ; les uns veulent la fonder théoriquement sur la doctrine juridique de l'organe ; les autres sur la notion de la souveraineté morcelée. M. Esmein, qui, on vient de le dire, a une profonde admiration pour l'application rigoureuse de la loi du nombre, voit dans la représentation proportionnelle « une illusion et un faux principe » (p. 242). D'après lui, la thèse de la représentation proportionnelle ne serait soutenable que si l'on admettait la division de la souveraineté entre les individus et que si l'on considérait ce droit de représentation comme un droit personnel à chaque individu. Or, certainement (cf. §§ 52 et 53), une pareille conception est fausse en soi et contraire au droit positif français.

Il nous paraît facile d'établir au contraire que le système de représentation proportionnelle est parfaitement compatible avec le principe de la souve-

raineté nationale une et indivisible et la conception française du mandat représentatif. Puisqu'on admet l'existence d'une volonté nationale souveraine, l'existence d'une personne-nation donnant un mandat représentatif à une personne-parlement qui voudra pour elle, le problème qui s'impose à l'art politique, c'est d'organiser un mode d'élection qui permette au parlement d'exprimer aussi exactement que possible la volonté de la personne-nation. Or, c'est aller contre l'évidence que de soutenir qu'un parlement élu avec le pur système majoritaire exprime plus exactement la volonté de la nation qu'un parlement dans lequel les divers partis politiques, qui existent dans le pays, ont leurs représentants. Si la nation elle-même exprimait directement sa volonté, ce serait la nation composée de ses différents partis. Ce n'est pas la nation qui veut, c'est son représentant, son mandataire, le parlement, qui veut à sa place; il faut donc que le parlement soit composé des mêmes éléments que la nation, et que les partis qui existent dans la nation se retrouvent dans le parlement. Par la même raison on défendra plus loin le système de la représentation professionnelle. C'est avec le morcellement de la souveraineté qu'il est impossible d'admettre théoriquement la représentation proportionnelle; car si les volontés individuelles comptent seules, si elles sont toutes mathématiquement égales, on ne peut évidemment imposer une décision qu'en comptant ces volontés et en donnant la prépondérance à la majorité arithmétique. Mais si moins simpliste et moins matérialiste une doctrine affirme que derrière ces volontés individuelles il y a une volonté collective dont il faut déterminer le contenu, le système proportionnaliste seul permet d'obtenir ce résultat.

Ainsi, non seulement la représentation proportionnelle n'est pas en contradiction avec le principe de la souveraineté nationale et le mandat représentatif, mais elle est le seul système électoral qui y soit adé-

quat. Il faut ajouter qu'elle seule atténue l'injustice flagrante qui existe sous le régime majoritaire, avec lequel il peut se faire que la moitié plus un des citoyens vive seule de la vie politique, le reste étant en fait comme s'il n'était pas et frappé de mort civique. « La moitié plus un est libre et si l'on veut souveraine ; l'autre moitié est serve, attachée à l'urne comme jadis à la glèbe ».

Cf. Charles Benoist, *Rapport fait* au nom de la commission du suffrage universel chargée d'examiner les diverses propositions de loi tendant à établir la représentation proportionnelle (*J. off., Doc. parlem.*, chambre, 1905, sess. ord., p. 472).

Cela ne choque point M. Esmein. Il n'y a, dit-il, dans ce système, même poussé à l'extrême, aucune injustice envers la minorité, puisque la majorité n'obtient que son droit ferme et rien de plus. Pour le prouver, M. Esmein suppose que le pays ne forme qu'un seul collège électoral et déclare que la majorité aurait alors le droit de nommer tous les députés (*ibid.*, p. 242). — C'est précisément ce qu'il faudrait démontrer. M. Esmein ne le fait point et son raisonnement n'est qu'un cercle vicieux.

M. Charles Benoist (*loc. cit.*, p. 473) écrit : « Notez qu'avec ce prétendu système de la majorité pure et simple, c'est là le moindre mal qu'il n'y ait que la moitié plus un des électeurs représentés. Le mal pourrait être plus grand ; et ce serait que la majorité dans les corps élus ne fût qu'une majorité apparente, ne correspondant pas à la majorité réelle du corps électoral ». Ce que le très distingué rapporteur présente comme une hypothèse est une réalité. Le tableau suivant en est la démonstration évidente :

	Voix représentées par les élus	Voix non représentées
	—	—
1881.	4.778.000	5.600.000
1885.	3.042.000	6.000.000
1889.	4.526.000	5.800.000
1893.	5.513.000	5.930.000
1898.	4.906.000	5.633.000
1902.	5.159.000	5.818.000

Ainsi aux élections de 1898 et de 1902, il y a eu 53 p. 100 des électeurs qui n'ont pas été représentés à la chambre des députés. Et les chambres élues à ces deux dates ont réprésenté, non pas la nation, non pas même la majorité de la nation, non pas même la majorité du corps électoral, mais 47 centièmes des membres du corps électoral (*Le Proportionnaliste*, 1er juillet 1905). Nous n'avons pas pu nous procurer la statistique exacte des élections de

1906; mais les proportions doivent être sensiblement les mêmes qu'en 1902. Si la chambre tout entière ne représente pas la majorité du corps électoral, on voit qu'*a fortiori* les majorités, souvent très faibles, qui votent une loi, ne représentent qu'une minorité, et que c'est un leurre de croire que les lois soient faites par la majorité du pays. Ainsi la loi sur la séparation des églises et de l'Etat, qui a été votée le 3 juillet 1905 par 341 députés, a été votée par un nombre de députés qui représente exactement 2.647.315 électeurs, le corps électoral français comptant 10.967.000 électeurs. On ose dire après cela que dans la République française les lois sont l'œuvre de la majorité du pays !

On répond, il est vrai, que les abstentionnistes ne peuvent pas se plaindre, parce qu'ils ont le droit de voter et que s'ils ne votent pas ils n'ont qu'à s'en prendre à eux-mêmes. — Le raisonnement n'est pas bon; c'est le sophisme de Rousseau, disant qu'il n'est pas nécessaire que tout le monde vote, qu'il suffit que tout le monde puisse voter. C'est un sophisme, car si parmi les abstentionnistes il en est beaucoup d'indifférents et même de coupables, beaucoup aussi ne votent pas parce qu'ils ont la certitude que leur vote serait sans résultat, parce que, à cause du système majoritaire, leur parti ne serait pas représenté. La représentation proportionnelle a donc cet avantage, à notre avis capital, de rendre le vote désirable pour la totalité ou du moins pour le grand nombre des électeurs, d'assurer par conséquent la diminution du nombre des abstentions et de faire disparaître cette antinomie que dans un pays de démocratie et de suffrage universel la suprême puissance appartienne aux représentants de la minorité du corps électoral.

M. Esmein a dressé contre la représentation proportionnelle un véritable réquisitoire qu'il a encore accentué dans sa nouvelle édition (1906), et qui peut se résumer ainsi : Pour empêcher les réformes prématurées, on a établi l'institution de deux chambres; « vouloir la doubler à ce point de vue de la représentation proportionnelle, c'est faire d'un remède un véritable poison; c'est organiser le désordre et émasculer le pouvoir législatif » (p. 247); avec la représentation proportionnelle, pas de majorité stable possible, pas de cabinet homogène, et par conséquent pas de régime parlementaire possible; enfin il est dans la logique du principe de la représentation proportionnelle de l'appliquer non seulement aux élections parlementaires, mais aussi aux élections du pouvoir exécutif, des administrateurs, des magistrats; et « logiquement la représentation proportionnelle est à l'entrée d'une voie au bout de laquelle se trouve l'anarchie » (p. 250). — Il est aisé de répondre à tout cela. M. Charles Benoist, dans le rapport précité, le fait victorieusement. D'abord on ne voit pas pourquoi la représentation proportionnelle étant établie pour les élections parlementaires il faudrait logiquement l'établir pour les autres élections. Il y a pour appliquer la représentation proportionnelle à l'élection du parlement des raisons

majeures, et principalement la raison tirée du caractère représentatif du parlement, caractère que les corps exécutifs, administratifs et judiciaires n'ont pas.

Il est vrai que M. Esmein (p. 244) répond : « Nos assemblées représentatives législatives n'existent pas seulement pour la discussion; elles ne débattent pas seulement; elles statuent et exercent par là un attribut de la souveraineté. C'est là leur fonction essentielle, et les proportionnalistes eux-mêmes reconnaissent que c'est à la majorité qu'il appartient de décider et de statuer. Les assemblées législatives doivent donc par elle-mêmes être construites et composées d'après le *principe majoritaire* ». — Il est bien évident que la décision sera nécessairement prise à la majorité, car dans une assemblée on n'a pas encore trouvé d'autre moyen de prendre une décision. Mais nous ne voyons pas pourquoi de ce que toute décision doit être prise à la majorité, on conclut que les différents partis qui existent dans le pays ne doivent pas avoir au parlement un nombre de représentants à peu près proportionnel à leurs forces respectives. — M. Esmein ajoute que : « dans les pays où fonctionne le *referendum* législatif, la représentation proportionnelle peut encore se comprendre, car la majorité des électeurs saura bien repousser les lois qui ne répondraient point à sa volonté ». Nous répondrons : quand le corps des citoyens lui-même prend la décision, les différents partis qui existent dans le pays concourent à cette décision. Nous demandons précisément que lorsque la décision est prise par le parlement au nom du corps des citoyens, les différents partis existant dans le pays puissent concourir à cette décision par leurs représentants. Tel est le but même de la représentation proportionnelle. Si ce concours des partis n'empêche pas la décision du corps des citoyens, nous ne voyons pas pourquoi il pourrait entraver la décision du parlement.

Avec la représentation proportionnelle, dit-on encore, pas de majorité stable et homogène, pas de gouvernement parlementaire possible. M. Charles Benoist fait très justement observer qu'en France tout au moins cet argument est usé, de ce fait qu'à l'instabilité ministérielle de jadis a succédé, depuis 1899, une très grande stabilité ministérielle, et le savant rapporteur ajoute très justement : « Il ne serait pas pertinent d'écarter la représentation proportionnelle en ce temps par des raisons d'un autre temps et en l'état parlementaire où nous sommes pour une circonstance d'un état parlementaire où nous ne sommes plus, où il n'est pas à prévoir qu'avant un assez long délai du moins nous devions revenir » (*J. off.*, *Docum. parl.*, chambre, 1905, sess. ord., p. 478). D'autre part, à un point de vue général, il faut observer que la représentation proportionnelle ne peut fonctionner qu'à la condition que les partis soient fortement disciplinés. Les partis de minorité seront par le fait même du nouveau régime électoral plus cohérents; « mais en face de ces minorités, du fait seul qu'elle serait, parce qu'il lui

faudrait continuer à être la majorité, et que pour l'être les mêmes obligations s'imposeraient à elle, la majorité elle-même deviendrait plus cohérente, plus compacte, et si l'on peut ainsi parler, la densité de l'opinion publique, pour la majorité aussi bien que pour les minorités, en deviendrait plus forte » (Charles Benoist, *loc. cit.*, p. 478).

Enfin on a souvent tiré objection contre la représentation proportionnelle de l'impossibilité pratique de l'organiser et de la faire fonctionner. L'objection n'est plus de mise aujourd'hui. Le système fonctionne en Belgique depuis l'année 1900, par application de la loi du 29 décembre 1899, sans aucune difficulté et à la satisfaction de tous les partis. C'est là une expérience concluante et qui devrait encourager notre parlement à voter le plus tôt possible cette réforme indispensable. Cf. Dupriez, *L'organisation du suffrage universel en Belgique*, 1901.

C'est entre 1840 et 1850 que se produisirent, pour la première fois, des critiques très nettes contre le système électoral purement majoritaire. M. Klöti (*Die proportionalwahl in der Schweiz*, 1899, p. 20) attribue à V. Considérant la première idée de la représentation proportionnelle. Il l'aurait surtout exprimée dans un écrit intitulé : *De la sincérité du gouvernement représentatif ou exposition de l'élection véridique*, 1846, publié à nouveau à Zurich en 1892. Depuis cette époque, dans la plupart des pays de l'Europe et particulièrement en Suisse, en Belgique, en France et aussi en Angleterre s'est développé tout un mouvement dont l'aboutissant a été, d'une part, la loi du 29 décembre 1899, établissant le système en Belgique, et la résolution de la chambre des députés française du 21 novembre 1905, mettant à son ordre du jour la discussion du projet présenté par M. Charles Benoist, au nom de la commission du suffrage universel et tendant à l'établissement de la représentation proportionnelle (*J. off., Déb. parl.*, chambre, p. 3422). Pendant cette période, une très abondante littérature s'est produite, sur laquelle voici quelques indications : Naville, *La question électorale en Europe et en Amérique*, 1871 ; *La démocratie représentative*, 1881 ; Besson, *Essai sur la représentation proportionnelle*, 1887 ; *La représentation proportionnelle*, étude de législation et de statistique comparée, publiée sous les auspices de la Société pour l'étude de la représentation proportionnelle, 1889 ; Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle*. 2 vol., 1899 ; Klöti, *Die proportionalwahl in der Schweiz*, 1901 ; Charles Benoist, *Rapport fait au nom de la commission du suffrage universel*, 7 avril 1905 ; *J. off., Doc. parl.*, chambre, 1905, sess. ord., p. 471 ; H. Clément, *La réforme électorale*, 1906.

D'abord on ne songea pas à demander l'établissement de la représentation proportionnelle, mais seulement l'établissement d'un système électoral assurant la représentation des minorités ; c'est à cette idée que venaient répondre les deux systèmes du *vote limité* et du *vote cumulatif*.

Le *vote limité* consiste en ce que dans une circonscription, qui par exemple doit élire quatre députés, chaque électeur cependant ne peut voter que pour trois, ce qui fait que forcément le quatrième appartiendra à la minorité. En Angleterre, une loi du 15 août 1867 appliqua le système du vote limité aux élections communales. Cette loi, qui en fait ne s'était appliquée qu'à douze bourgs, fut abrogée par la loi du 6 décembre 1884. Depuis 1872 les élections municipales de Lausanne se font d'après ce système. Il en est de même en Espagne en vertu de la loi municipale du 16 décembre 1876, et en Italie depuis la loi du 10 février 1889.

Le *vote cumulatif* a été imaginé dans le même but. D'après ce système, dans une circonscription qui nomme par exemple quatre députés, l'électeur peut porter sur son bulletin quatre noms différents ou quatre fois le même nom et lui donner ainsi quatre voix. Les membres de la minorité n'ont qu'à s'entendre pour avoir ainsi un représentant. Le vote cumulatif a été établi en Angleterre en 1870 pour les *school-boards*, et en Ecosse en 1872, en Pensylvanie pour les élections municipales (1870-71). — Les systèmes du vote *limité* et du vote *cumulatif* ont une qualité incontestable ; ils sont très simples et très faciles à appliquer. Mais ils sont purement empiriques ; ils peuvent assurer une certaine représentation à la minorité, si celle-ci est très disciplinée ; mais cette représentation n'aura rien de proportionnel.

Un système plus savant et qui peut réaliser une véritable représentation proportionnelle est celui du *quotient électoral et liste de préférence*. Le ministre danois Andrœ en fit l'application pratique vers le milieu du dernier siècle et le publiciste anglais Thomas Hare l'exposa théoriquement peu de temps après ; le système reçut l'approbation de Stuart Mill. Ce système se compose de deux éléments essentiels : le *quotient électoral* et *la liste de préférence*. On divise le nombre des votants par le nombre des sièges à pourvoir ; le quotient donne le chiffre requis pour être élu. Soit une circonscription où l'on compte 200.000 votants et qui nomme dix députés. Le quotient de 200.000 par 10, soit 20.000, sera le chiffre électoral ; sera élu tout candidat ayant 20.000 voix. Mais pour éviter la perte de voix données aux candidats qui auraient déjà obtenu le chiffre électoral, tout électeur doit, sur son bulletin, indiquer le nom des candidats dans l'ordre de ses préférences ; sa voix ne compte que pour un candidat ; mais si au moment où on lit son bulletin, le premier candidat A de sa liste a 20.000 voix, sa voix est attribuée au second candidat B et ainsi de suite. Ce système est simple et peut fonctionner facilement. Mais on a fait observer assez justement que ce système assurait sans doute une représentation proportionnelle, mais plutôt une représentation proportionnelle par rapport aux sympathies pour les personnes, plutôt que par rapport aux partis comme tels.

Aussi a-t-on proposé un autre système qui, sans supprimer ce

qu'il doit y avoir de personnel dans toute élection, tend à réaliser une représentation véritablement proportionnelle des partis. C'est le système de la *concurrence des listes et du double vote simultané*. On procède d'abord comme dans le système de Hare : on détermine le quotient électoral en divisant le nombre total des votes par le nombre des sièges à pourvoir, soit 200.000 votants et 10 sièges ; le quotient électoral est 20.000. On détermine ensuite le nombre des députés revenant à chaque liste ; pour cela on divise le nombre total des voix que chaque liste a obtenues par le quotient ou chiffre de l'élection. Soit quatre listes ayant, l'une 80.000 voix, l'autre 60.000, l'autre 40.000 et la quatrième 20.000 ; elles auront, l'une quatre sièges, l'autre trois, la troisième deux et la quatrième un. Reste à déterminer pour chaque liste quels sont les candidats nommés. Seront élus sur chaque liste les candidats qui auront obtenu le plus grand nombre de suffrages. Dans ce système, l'électeur vote en même temps pour la liste à laquelle appartient le candidat pour lequel il vote et pour un, deux ou plusieurs candidats qu'il a portés sur son bulletin et à qui sa voix sera comptée. « Il exprime en même temps et ses préférences de parti, puisqu'il donne sa voix à telle liste, et ses préférences personnelles, puisqu'il donne sa voix à tels ou tels candidats de la liste, sans être forcé de la donner à tous ».

Beaucoup d'autres systèmes ont été proposés, par exemple le système de la *liste fractionnaire* de M. Séverin de La Chapelle et le système du *quotient d'élimination* de M. Pernolet. Il n'y a pas lieu de les exposer. On doit faire connaître seulement le système dit du *diviseur commun* et du *chiffre répartiteur* proposé par M. d'Hondt qui, avec modifications, fonctionne en Belgique depuis la loi du 29 décembre 1899. Les quelques modifications au système de M. d'Hondt, consacrées par la loi de 1899, ont été proposées par M. Mommaert. Il suffit d'indiquer ici le principe du système. Supposons un scrutin pour l'élection de cinq députés et l'expression de 47.000 suffrages valables. Ces 47.000 suffrages sont répartis entre quatre listes ; ces listes ont obtenu respectivement 24.000, 11.000, 9.000 et 3.000 voix. Puisqu'il y a quatre listes, on divisera successivement par 1, 2, 3, 4 chacun de ces chiffres ; s'il y avait cinq listes, on diviserait successivement par 1, 2, 3, 4 et 5, et ainsi de suite. On obtient avec les chiffres supposés :

Division :	par 1.	24.000	11.000	9.000	3.000
»	par 2.	12.000	5.500	4.500	1.500
»	par 3.	8.000	etc...		
»	par 4.	6.000	etc...		

On range ensuite les quotients ainsi obtenus dans l'ordre de leur importance jusqu'à concurrence du nombre des députés à élire, dans l'espèce 5. On a donc : 24.000, 12.000, 11.000, 9.000, *8.000*. Le dernier quotient (*8.000* dans l'espèce) sera le *diviseur électoral*. Chaque liste aura autant de députés nommés que ce nombre entre

la représentation proportionnelle pour l'élection de 6 députés attribués à la ville de Stuttgard (Esmein, *Rev. pol. et parl.*, janvier 1906, p. 115, repousse toujours le principe de la représentation proportionnelle, cependant approuve le projet wurtembergeois à titre d'expérience). La représentation proportionnelle est aujourd'hui demandée en France par les représentants des partis les plus opposés, par exemple par M. Ribot et M. Jaurès. — Outre les travaux déjà cités, cons. sur la représentation proportionnelle, Clément, *Réforme sociale*, nos février et mars 1906; Schwarz, *loc. cit.*, *Zeitschrift de Grünhut*, 1906, p. 370; Jellinek, *Das Pluralwahlrecht*, 1905; Tecklenburg, *Majoritätwahl oder Proportionalwahl Zeitschrift de Tübingen*, 1906, p. 341.

Représentation professionnelle. — L'établissement de la représentation proportionnelle ne serait point une réforme électorale suffisante. L'assemblée nommée suivant ce système ne représenterait que les individus et tout au plus les groupements d'individus en partis politiques et sociaux. Or il n'y a pas que les individus et les partis qui constituent une nation; il y a d'autres éléments qui forment l'infra-structure résistante de l'édifice social : ce sont les groupements fondés sur la communauté des intérêts et des travaux, les groupements professionnels, en employant cette expression dans son sens le plus large. Si l'on veut se rapprocher de l'idéal que doit tendre à réaliser toute représentation politique, si l'on veut assurer dans le parlement la représentation de tous les éléments de la vie nationale, il faut placer, à côté de l'assemblée élue par les individus proportionnellement aux forces numériques des divers partis, une assemblée élue par les groupes professionnels.

Pas plus que la représentation proportionnelle, la représentation professionnelle n'est en opposition avec la théorie française de la représentation politique et de la souveraineté nationale. M. Esmein soutient le contraire : « Le principe de la souveraineté nationale exclut logiquement, dit-il, ce qu'on appelle la représentation des intérêts ». Il en donne cette raison que « les divers collèges électoraux ne doivent être que des fractions du corps électoral entier..., que les frac-

tions ne restent telles qu'en tant qu'elles possèdent toutes les qualités de l'entier ». D'après le savant auteur, on pourrait utilement « organiser des assemblées élues d'après le principe de la représentation des intérêts, mais simplement *consultatives* » (*Droit const.*, 4e éd., p. 228 et 231). — Il y a là, nous semble-t-il, une erreur manifeste. Réduite à ses éléments simples, la théorie française de la représentation revient à ceci : il existe une volonté générale, une volonté de la nation distincte des volontés individuelles ; cette volonté est souveraine; il faut autant que possible en assurer l'expression exacte. Quelle est cette volonté nationale en son essence même ? Ce ne peut être que la volonté de vivre comme nation, la volonté d'assurer le maintien de tous les éléments constitutifs de la nation. Or ces éléments sont non seulement les individus, mais aussi les groupes. On assurera donc la représentation de la volonté nationale à cette condition seule qu'on fasse figurer dans le corps représentatif tous les éléments constitutifs de la nation, les individus et les groupes. Bien loin d'être contradictoire avec le dogme de la souveraineté nationale, la représentation professionnelle en est, au contraire, la conséquence logique. Un parlement ne sera représentant du pays qu'à la condition de comprendre les deux éléments qui le constituent : l'élément individuel et l'élément collectif. Quand M. Esmein dit que les collèges électoraux partiels doivent être composés des mêmes éléments que la nation elle-même, il a raison; mais la nation se compose de deux catégories d'éléments, les individus et les groupes d'individus ; il doit donc y avoir deux catégories de collèges électoraux, des collèges composés d'individus et des collèges composés de groupes. — Le même auteur pense que pratiquement la représentation professionnelle présenterait de graves dangers, parce qu'elle amènerait la prédominance des intérêts particuliers sur l'intérêt général. « Ce serait, dit-il, favoriser la lutte des intérêts et des for-

ces, qui par eux-mêmes subissent déjà si difficilement le joug de la raison ». On doit répondre que ce danger est beaucoup plus à craindre avec la représentation exclusive de la population, et que l'exemple de ce qui se passe en France, sous le régime du scrutin uninominal d'arrondissement, en est la preuve irrécusable. Au surplus, la représentation professionnelle, comme nous l'entendons, n'est point une représentation des intérêts de petits groupes, mais vraiment une représentation des différentes forces industrielles, artistiques, qui agissent dans le pays et qui sont, on ne saurait le méconnaître, des éléments de premier ordre dans la vie nationale. C'est au législateur à organiser le système électoral qui assurera le mieux la représentation de ces grandes forces sociales. Nous ne saurions croire que cette représentation puisse faire prédominer les intérêts locaux et individuels sur les intérêts généraux. Ceux qui repoussent une pareille représentation sont dominés à leur insu par la pure doctrine individualiste, qui ne voit que l'individu et l'Etat et qui place l'individu isolé et impuissant vis-à-vis de l'Etat tout puissant, ou plutôt vis-à-vis d'une majorité numérique omnipotente et tyrannique.

Au reste l'idée d'une représentation d'éléments sociaux autre que les individus n'est point nouvelle. Assurément l'Assemblée nationale de 1789 ne songea point à organiser l'électorat professionnel à la manière moderne. En prohibant par la loi Le Chapelier (14-17 juin 1791) toute corporation de corps et métiers, elle s'interdisait d'établir un pareil système. Mais elle affirmait que la population ne devait pas être la seule base de la représentation, que deux autres éléments devaient lui servir de support, le territoire et la contribution, signe extérieur de la propriété. Avait-elle raison ? Il n'y a pas à le rechercher. Mais ce qu'il importe de retenir, c'est qu'en 1789-91 on veut assurer dans le parlement la représentation de ce que l'on considère comme les trois éléments essentiels de la vie nationale (Const. 1791, III, chap. I, sect. I, art. 2). Dès 1789 Pétion critiquait ce système et disait : « La représentation est un droit individuel, voilà le principe incontestable qui doit déterminer à admettre uniquement la base de la population. En donnant une représentation à la fortune, vous blessez tous les principes » (*Archives parlem.*, 1re série, X, p. 77). Mais le 10 août 1791, au

moment de la revision générale de la constitution, le texte fut voté sans discussion.

Depuis, l'idée d'une représentation des éléments sociaux autres que la population a été à plusieurs reprises indiquée, soit dans les discussions parlementaires, soit dans des propositions de lois, soit même dans les constitutions. Dans le discours prononcé à la Convention au moment du vote de la constitution de l'an III, Siéyès disait : « Si l'on voulait instituer le mieux en ce genre, dans mon opinion, on adopterait une combinaison propre à donner à la législature un nombre à peu près égal d'hommes voués aux trois grands travaux, aux trois grandes industries qui composent le mouvement et la vie d'une société qui prospère, je parle de l'industrie rurale, de l'industrie citadine et de celle dont le lieu est partout et qui a pour objet la culture de l'homme, et le jour viendra où l'on s'apercevra que ce sont là des questions importantes » (*Moniteur*, Réimpression, XXV, p. 294). Ainsi le créateur même de la théorie du mandat représentatif estimait qu'il n'y avait vraiment représentation de la nation, que si l'on assurait la représentation des trois grandes forces sociales. L'Acte additionnel de 1815 formulait le principe de la représentation professionnelle, dans un article très probablement inspiré par Benjamin Constant : « L'industrie et la propriété manufacturière et commerciale auront une représentation spéciale » (art. 33, § 1).

Ces temps-ci la représentation professionnelle a été défendue par une série d'auteurs distingués. Nous citerons notamment : Prins, *La démocratie et le régime représentatif*, 1889; de Greeff, *La constituante et le régime représentatif*, 1892; La Grasserie, *Rev. polit. et parlem.*, 1895, III, p. 253; Shæffle, *Deutsche Kern und Zeitfragen*, 1re série, 1895, p. 120; Charles Benoist, *Les sophismes politiques de ce temps*, 1893, *Organisation du suffrage universel*, 1896; l'auteur a reproduit les mêmes idées dans son rapport précité sur les propositions de loi relatives à l'établissement de la représentation proportionnelle (*J. off., documents parlem.*, chambre, sess. ord., 1905, p. 477). Il faut, y dit-il, organiser la représentation de manière « qu'elle enferme le plus possible de l'homme et de la vie, qu'elle soit proportionnelle non seulement aux opinions, qui ne sont de nous qu'une minime partie, mais à tout ce qui est en nous humanité, vie, force sociale ».

Nous-même avons soutenu en 1895 que l'une des parties du parlement, le sénat, devait être une assemblée représentative des groupements professionnels au sens large du mot (V. notre article sur l'*élection des sénateurs*, *Revue polit. et parlem.*, 1895, III, p. 463). Nous avons reproduit la même idée dans notre volume *L'Etat, les gouvernants et les agents*, 1903, où nous disions : « La force du nombre et la puissance des associations sont les deux grandes forces des démocraties modernes; ce sont ces deux forces qu'il faut organiser de manière qu'elles se pondèrent réciproque-

ment, et qu'elles assurent au pays un gouvernement en même temps fort et équitable » (p. 329). V. ce qui a été dit précédemment au § 56 sur le mode de recrutement des deux chambres. Cf. dans le même sens le discours déjà cité de M. l'abbé Lemire à la chambre des députés en 1894 (*J. off., déb. parlem.*, 1894, p. 562).

Renouvellement intégral et renouvellement partiel. — Les assemblées représentatives doivent-elles être renouvelées intégralement à des intervalles fixes ou partiellement? Nous n'hésitons pas à répondre que toute assemblée représentative doit être renouvelée intégralement, et que même, s'il y a deux chambres, le renouvellement intégral de l'une et de l'autre doit avoir lieu au même moment. Le raisonnement logique et l'expérience sont d'accord pour justifier cette solution. Le parlement est le représentant du pays ; il est chargé d'exprimer sa volonté ; il faut qu'il sorte pour ainsi dire de la volonté nationale. Cette volonté nationale ne s'exprime que si tous les éléments qui la constituent se manifestent en même temps. Si les assemblées sont renouvelées partiellement, seuls naturellement interviennent les collèges électoraux qui concourent au renouvellement partiel et ils ne peuvent prétendre exprimer la volonté nationale. On a dit plus haut que pour que la nation soit représentée, il faut deux chambres : l'une représentant les individus, l'autre représentant les groupes; la volonté nationale ne se manifeste donc vraiment que si individus et groupes interviennent tous en même temps dans l'élection. Pour cela il faut que les deux assemblées soient renouvelées intégralement au même moment. D'autre part, nous n'admettons point (cf. § 52) que le parlement échappe à toute responsabilité vis-à-vis du corps électoral; il reçoit un mandat, dont il doit rendre compte; pour que cette reddition de compte ne soit pas illusoire, il faut que le parlement tout entier soumette au pays tout entier la politique qu'il a suivie pendant la législature qui s'achève. Mais, dira-t-on, il peut y avoir des revirements imprévus, produisant des heurts et des secousses dans la politique du pays

et cela au détriment de ses intérêts. C'est possible ; mais si la volonté nationale n'est pas un vain mot, il faut précisément qu'elle puisse, quand elle le veut, changer du tout au tout de direction politique. En vérité, nous admirons les publicistes, les juristes, les hommes politiques, qui proclament solennellement le principe de la volonté nationale et qui cherchent tous les moyens de la bâillonner. Le système du renouvellement partiel n'a pas d'autre but. Avec un pareil système le pays n'est jamais appelé à exprimer sa volonté. On a dit que si l'on établissait en France le renouvellement partiel pour la chambre, le droit de dissolution du président de la république serait forcément fréquemment appliqué, « parce qu'il servirait à provoquer de grandes consultations nationales indispensables dans cette forme de gouvernement » (Esmein, *loc. cit.*, p. 757). Donc le renouvellement partiel n'est pas une consultation nationale. Singulier régime démocratique et représentatif où l'organe essentiel de représentation ne serait pas le produit d'une consultation nationale !

Mais, dit-on, la vérité ne serait-elle pas dans une distinction entre les deux chambres ? La chambre dite chambre basse, élue par le suffrage direct, renouvelée intégralement, et la chambre dite chambre haute, renouvelée partiellement. C'est le système suivi en France, où la chambre des députés est renouvelée intégralement tous les quatre ans et le sénat par tiers tous les trois ans. M. Esmein (p. 756) approuve ce système et nous reproche d'avoir écrit que : « des deux systèmes l'un est le meilleur et qu'il n'y a pas de raison pour ne l'appliquer qu'à une chambre ». D'après lui, la chambre des députés légifère et renverse les ministères ; elle doit être renouvelée intégralement ; le sénat légifère, exerce un rôle pondérateur ; il représente la continuité des traditions politiques ; il ne peut renverser le ministère ; il doit être renouvelé partiellement. D'abord il n'est point certain que d'après la constitution française le sénat ne puisse pas renverser le ministère (cf. § 145). D'autre part nous voulons bien que le sénat doive représenter la continuité des traditions politiques ; ce qui lui permettra de jouer ce rôle, ce n'est point d'être renouvelé partiellement, mais bien de représenter les éléments permanents de la nation ; le système du renouvellement partiel du sénat depuis 1875 n'a eu qu'un seul effet, amoindrir la force de cette assemblée au profit de la chambre des députés.

L'expérience antérieure vient confirmer ce que nous disons là. La constitution de l'an III établissait le renouvellement chaque année par tiers du conseil des anciens et du conseil des cinq-cents (art. 53). M. Esmein dit très justement « que le renouvellement annuel et par tiers des deux conseils fut... sûrement une des causes qui empêchèrent le bon fonctionnement de la constitution de l'an III » (*loc. cit.*, p. 757 note 2). La Charte de 1814 avait établi le renouvellement annuel et par cinquième de la chambre des députés (art. 37). Les inconvénients nombreux que présentait ce système amenèrent le vote de la loi du 29 juin 1824, établissant le renouvellement intégral et *septennal* de la chambre des députés.

Les expériences antérieures ne paraissent pas avoir éclairé nos hommes politiques d'aujourd'hui. En effet la commission du suffrage universel de la chambre précédente a présenté un projet de loi établissant le scrutin de liste et la représentation proportionnelle et contenant un article ainsi conçu : « La chambre se renouvelle par moitié tous les trois ans... » (*J. off., doc. parl.*, 1905, sess. ord., p. 482).

58. Les gouvernements monarchiques. — Nous employons ici le mot gouvernement pour désigner ce que très souvent on appelle le *pouvoir exécutif*. Cette dernière expression prête à beaucoup de confusions, comme l'expression correspondante de pouvoir législatif. Le mot gouvernement est lui-même employé dans deux sens différents. Nous avons désigné par le mot gouvernement l'ensemble des organes directeurs de l'Etat (cf. § 48). En parlant ici du *gouvernement*, nous avons en vue cet organe que, dans la langue politique moderne, on oppose au parlement, qui est placé à côté de lui, au sommet de l'Etat, le plus souvent sous son contrôle, et qui joue particulièrement le rôle actif dans la direction des affaires publiques. Le gouvernement n'est pas toujours un pouvoir au sens vrai du mot; il ne l'a peut-être jamais été, et en tout cas il l'est de moins en moins. En outre cette expression pouvoir exécutif semble indiquer qu'il y a une fonction exécutive; or nous croyons avoir établi qu'il n'y en a point (cf. § 47). Enfin l'expression pouvoir exécutif semble impliquer que le gouvernement a toutes les attributions qu'on qualifie communément d'exécutives et a seulement celles-là; or, ce n'est point

exact, car le gouvernement n'a point toutes les fonctions qualifiées d'exécutives, et il a certaines fonctions qui certainement ne sont pas exécutives. Bref, parler du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif, c'est prendre parti sur l'existence, le sens et la portée de la séparation des pouvoirs. Nous nous sommes expliqué à cet égard (cf. §§ 54, 55).

La structure, les caractères du gouvernement proprement dit sont assez variables. Cependant sa forme habituelle est celle-ci : un individu est titulaire de toutes les attributions qui appartiennent au gouvernement ; il a des collaborateurs, des subordonnés appelés ministres, dont le rôle politique est variable, et qui ont surtout un rôle important lorsque le gouvernement est *parlementaire* (cf. *infra*, § 61). Ainsi le plus habituellement le gouvernement a une structure unitaire ; ce haut personnage qui personnifie le gouvernement est le chef de l'Etat. Plus rarement, la structure du gouvernement est collective. Il en a été ainsi en France sous le Directoire et il en est ainsi aujourd'hui en Suisse.

Les chefs d'Etat personnifiant le gouvernement sont, dans la plupart des pays européens, héréditaires ; d'après l'expression consacrée, les gouvernements sont, en général, monarchiques. Nous ne voyons pas, en effet, d'autre différence possible entre la monarchie et la république que celle-ci : la monarchie est la forme de gouvernement dans laquelle il y a un chef d'Etat héréditaire ; la république celle où il n'y a pas de chef d'Etat, ou celle dans laquelle le chef de l'Etat n'est pas héréditaire.

Ne pourrait-on pas dire que la république n'est pas incompatible en soi avec l'existence d'un chef d'Etat héréditaire, puisque l'art. 1 du sénatus-consulte du 28 floréal an XII porte : « Le *gouvernement de la république* est confié à un empereur qui prend le titre d'empereur des Français », et que ce même sénatus-consulte établit et réglemente « l'hérédité de la dignité impériale »? Ce texte est une disposition de circonstance ; cette formule fut employée pour éviter de blesser une partie de l'opinion publique encore profondé-

ment attachée en 1804 à la forme républicaine et hostile à toute monarchie. Mais la contradiction était certaine; les faits furent plus forts que les formules; et quelques mois à peine après le sénatus-consulte de floréal, il n'était plus question de république.

Certains auteurs, et notamment M. Jellinek (*Allgemeine Staatslehre*, 2e éd., 1905, p. 644 et suiv.), repoussent la distinction que nous faisons entre la monarchie et la république; et estiment qu'abstraction faite de l'hérédité et de l'élection, il y a république quand l'organe suprême de l'Etat est composé de plusieurs personnes, et monarchie quand cet organe suprême est constitué par une seule personne; d'après cet auteur, l'organe suprême d'un Etat est celui qui donne l'impulsion à l'Etat, celui dont l'inactivité entraînerait en quelque sorte la mort de l'Etat. C'est en comprenant ainsi la monarchie qu'on parle de monarchie élective, par exemple, de l'ancienne monarchie élective de Pologne, de la monarchie élective du Saint-Empire romain, et de la monarchie élective existant en Bulgarie depuis le traité de Berlin de 1878, le prince régnant ayant été élu, et l'hérédité de ses pouvoirs n'ayant point été encore officiellement reconnue. — A tout prendre, il y a surtout une question de terminologie. Mais cependant le criterium proposé par M. Jellinek nous paraît bien incertain, parce qu'il est toujours difficile, parfois impossible d'arriver à déterminer quel est l'organe suprême de l'Etat dans le sens où il l'entend. Ainsi, par exemple, M. Jellinek soutient que l'organe suprême du gouvernement anglais est le roi et que c'est pour cela que l'Angleterre est une monarchie; mais on pourrait soutenir, avec tout autant de raison, que l'organe suprême de l'Etat anglais est la chambre des communes, et que par conséquent l'Angleterre est une république. Le savant professeur enseigne que la France est une république parce que l'organe suprême est dans notre pays le parlement. Mais l'activité du président de la république est aussi nécessaire à la vie de l'Etat que celle du parlement; on pourrait donc dire tout aussi bien que la France est une monarchie. Enfin M. Jellinek déclare que l'organe suprême de l'empire allemand est le *Bundesrath* (conseil fédéral) et aboutit à cette conclusion tout au moins paradoxale que l'empire allemand est théoriquement une république.

La monarchie peut être despotique, absolue ou limitée.

La monarchie *despotique* et la monarchie *absolue* ont cela de commun que le monarque réunit tous les pouvoirs et que sa puissance n'est point limitée par la présence à côté de lui d'un autre organe, par la présence d'un parlement. Montesquieu a parfaitement indiqué la différence entre la monarchie despotique et la monarchie absolue. Seulement il appelle simple-

ment *monarchie* ce que nous appelons monarchie absolue. « Le gouvernement monarchique, dit-il, est celui où un seul gouverne, mais *par des lois fixes et établies*, au lieu que dans le despotique, un seul sans loi et sans règle entraîne tout par sa volonté et ses caprices » (*Esprit des lois*, liv. II, chap. I). Ainsi en effet, dans la monarchie absolue, le monarque fait la loi; mais il est lié par la loi qu'il fait lui-même. Dans la *despotie*, le chef commande sans être lié par aucune règle générale préétablie. Il importe de noter d'ailleurs que si l'on parle de l'absolutisme et du despotisme en parlant de la monarchie, c'est parce que dans l'histoire, ce sont les monarchies qui se sont présentées le plus souvent avec ces caractères. Mais tout gouvernement peut être despotique ou absolu, un gouvernement républicain comme un gouvernement monarchique. Il y a donc *despotisme* toutes les fois qu'un gouvernement, composé d'un seul ou de plusieurs, commande sans être limité par des lois préétablies; il y a *absolutisme* toutes les fois qu'il n'y a qu'un seul organe de gouvernement réunissant en lui tous les pouvoirs, mais se considérant comme limité par les règles générales, préétablies par lui-même.

La monarchie peut être despotique ou absolue quelle que soit son origine. Souvent les monarques absolus se sont présentés comme investis de leur pouvoir par la divinité elle-même. L'empereur de Russie, empereur absolu jusqu'aux réformes de 1905-1906, était en même temps chef de la religion orthodoxe. Les rois de France du XVIIe et du XVIIIe siècle rattachaient leur pouvoir absolu à une délégation divine (cf. § 10). Mais le principe de la souveraineté originaire du peuple n'exclut point forcément l'absolutisme, même le despotisme monarchique. Le despotisme politique n'a pas eu de défenseur plus logique et plus énergique que l'anglais Hobbes, qui affirmait l'existence du contrat social et de la souveraineté originaire du peuple, mais qu'il n'y avait de société

politique possible qu'à la condition que chacun fît abandon complet à un seul ou à quelques-uns de son indépendance naturelle.

Hobbes, *De cive*. — Rapp. Grotius, *De jure belli et pacis*, liv. I, chap. I, § 8; Wolff, *Jus naturæ*, liv. VIII, ch. XXXVIII. J.-J. Rousseau, tout en affirmant l'inaliénabilité de la souveraineté, aboutissait à l'absolutisme de la majorité qui ne vaut pas mieux que celui d'un roi (cf. *supra*, §§ 10 et 11).

Les monarchies despotiques n'existent plus que dans les pays barbares. Les deux monarchies absolues qui existaient encore ces temps derniers dans l'Europe civilisée viennent de disparaître. Par son manifeste du 30 octobre 1905, l'empereur de Russie a ordonné la convocation d'une *Douma* d'empire élue, qui s'est réunie effectivement le 10 mai 1906. La veille l'empereur publiait des *Lois fondamentales*, d'après lesquelles « l'empereur promulgue les lois d'accord avec le conseil d'empire et la *Douma* ». Dans son adresse, votée le 18 mai 1906, la Douma a protesté contre ces lois fondamentales promulguées par l'empereur, affirmant qu'à elle seule appartient le pouvoir de faire une constitution et demandant la responsabilité des ministres devant elle (*Le Temps*, 19 et 20 mai 1906). La Douma a été dissoute par un ukase du 21 juillet 1906 ordonnant la convocation d'une nouvelle Douma pour le 5 mars 1907. V. le manifeste impérial du 22 juillet 1906, *Le Temps*, 24 juillet 1906. Le même jour, un ukase a suspendu la session du conseil de l'empire jusqu'au 5 mars 1907. — A la suite d'un manifeste de son prince, jusque-là souverain absolu, le Monténégro a procédé, le 14/27 novembre 1905, aux élections pour nommer une assemblée nationale chargée de faire une constitution (*Bull. soc. lég. comp.*, 1906, p. 113). V. le texte de la const. datée du 6 décembre 1905, *Revue du droit public*, 1906, p. 220 et suiv.

Les monarchies modernes sont des monarchies limitées : à côté du monarque et partageant avec lui les pouvoirs directeurs de l'Etat existe un autre organe, un parlement en général, dont une partie au moins est élue à un suffrage plus ou moins étendu. Le fait de la monarchie limitée donne naissance à un problème de droit politique d'une infinie complexité, et peut-être insoluble si l'on maintient le principe, presque unanimement reçu aujourd'hui, de la puissance politique, une et indivisible appartenant à un sujet de droit. La question est souvent appelée question *des gouvernements mixtes*.

Si le monarque prétend à un droit antérieur à celui

du peuple, un droit qu'il tiendrait de son hérédité, soit par prescription, soit par concession divine, on ne voit pas comment son pouvoir pourrait être limité par des organes représentatifs de la volonté nationale. Le roi peut bien alors concéder quelques libertés et quelques garanties, autoriser même la réunion d'une assemblée élue. Mais ces concessions ne peuvent être que précaires et révocables à la volonté du monarque. En 1814, Louis XVIII déclarait que la Charte était *octroyée*. « Nous avons, était-il dit à la fin du préambule de la Charte, volontairement, et par le libre exercice de notre autorité royale, accordé et accordons, fait concession et octroi à nos sujets, tant pour nous que pour nos successeurs, et *à toujours* de la Charte constitutionnelle ». Cette formule contenait un mot contradictoire avec le principe de l'*octroi*, le mot *à toujours*. Malgré cela, logiquement la Charte ne pouvait pas diminuer le droit du roi antérieur à celui du peuple, et Louis XVIII et ses successeurs avaient dans la logique du droit monarchique le pouvoir de retirer les concessions qu'ils avaient volontairement octroyées. Ce fut le raisonnement fait en 1830 par les ministres de Charles X pour donner l'apparence d'une valeur juridique aux ordonnances du 25 juillet 1830. Les faits furent plus puissants que le droit, et la violation de la Charte amena la chute des Bourbons.

Personne aujourd'hui, si ce n'est peut-être encore l'empereur allemand (cf. son discours cité au § 10), ne croit plus au droit divin des rois. La souveraineté populaire est un dogme qui, vrai ou faux, s'impose aujourd'hui à tous les gouvernements. Comment concilier avec ce principe l'existence d'une monarchie, même limitée? On a tenté la chose en faisant du roi un organe de représentation. Le peuple, dit-on, délègue ses pouvoirs à deux organes de représentation, le parlement et le monarque héréditaire. Suivant l'expression de la constitution de 1791, titre III, préamb., art. 2. « Les représentants sont le corps législatif et le

roi ». Dans ce système le roi n'est pas *roi de France*, mais *roi des Français* parce qu'il est institué roi par la volonté nationale.

En 1830, Louis-Philippe prend le titre de *roi des Français*, et son investiture est considérée comme le résultat d'un pacte intervenu entre lui et les représentants de la nation. V. les déclarations faites par le duc d'Orléans le 9 août 1830 devant les deux chambres : «... J'accepte sans restriction ni réserve les clauses et les engagements que renferme cette déclaration (la Charte revisée) et le titre de *roi des Français*, qu'elle me confère et suis prêt à en jurer l'observation » (*Bull. des lois*, 9e série, I, 1re partie, n° 58, p. 46 ; Monnier et Duguit, *Les constitutions de la France*, p. XCI).

Napoléon Ier et Napoléon III ont pris le titre d'*empereur des Français*, et se sont ainsi affirmés comme les représentants de la volonté nationale. Il suffit de rappeler le texte déjà cité de l'art. 1 du sénatus-consulte du 28 floréal de l'an XII, et l'art. 5 de la constitution de 1852 qui s'appliquera à l'empereur comme au président décennal pour lequel il était écrit, et enfin l'art. 21 de la constitution de 1870 : « L'empereur est *responsable* devant le peuple français auquel il a toujours le droit de faire appel ». L'art. 5 de la même constitution, prévoyant le cas où l'empereur mourrait sans héritier, portait : « Le peuple nomme l'empereur et règle dans sa famille l'ordre héréditaire ».

En 1903, c'est par un vote du parlement serbe (après l'assassinat du roi Alexandre) que Pierre Karageorgevitch est appelé au trône de Serbie. Aux mois d'octobre et novembre 1905, la Norvège, après sa séparation d'avec la Suède, se donne un roi. Après un plébiscite en faveur de la monarchie, le parlement norvégien a appelé au trône un prince de Danemark et l'a proclamé roi sous le nom d'Haakon VII.

Dans tout cela il nous semble qu'il n'y a que fiction et que sont contradictoires la souveraineté nationale et l'hérédité monarchique. En effet, en admettant que le roi premier élu soit vraiment représentant du peuple, on ne peut en dire autant de son héritier, qui monte sur le trône sans l'intervention du peuple. On répondra que d'avance le mandat a été donné à l'héritier ; mais c'est un sophisme, car un mandat ne peut être donné qu'*intuitu personæ* et le peuple ne connaît pas la suite indéfinie des héritiers du monarque qu'il institue. Pour qu'il y ait représentation, il faut qu'un lien existe entre la nation représentée et l'organe de la représentation, et que le représentant rende compte

au représenté (cf. § 52). Cela ne peut exister que si le représentant n'est investi du caractère représentatif que pour un temps déterminé. La monarchie héréditaire ne peut avoir le caractère représentatif parce que son caractère essentiel est d'être un pouvoir d'une durée indéterminée. En reprenant la terminologie des anciens auteurs, on peut dire que l'institution d'une monarchie héréditaire par le peuple est non point une représentation organisée, mais une aliénation consentie. Cf. en ce sens Esmein, *Droit constitutionnel*, 4e édit., p. 214 et suiv.

Dès les premiers jours de sa réunion, l'Assemblée de 1789 se trouva en présence de cette insoluble difficulté. Les longues discussions sur le *veto du roi*, sur son caractère représentatif s'y rattachent directement. Cf. notre étude sur la *Séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, 1894, p. 22 et 132. On sait les critiques très vives que souleva le texte proposé par la commission : « Les représentants sont le corps législatif et le roi... Le pouvoir exécutif est délégué au roi », texte devenu les art. 2 et 4 du pr. du tit. III de la constitution de 1791. Robespierre, Rewbel, Rœderer protestèrent contre ces dispositions : le roi ne peut pas être un *représentant*, disaient-ils ; on ne peut pas parler de *pouvoir* conféré au roi ; le roi ne peut être qu'un *commis*, ne peut recevoir qu'un pouvoir *commis*, non un pouvoir *délégué ;* il faut parler de *fonction* du roi et non de *pouvoir* (séance du 10 août 1791, *Archives parlem.*, 1re série, XXIX, p. 320 et 323). Mais Barnave dit aux applaudissements de la majorité : « Ou le roi *veut* pour la nation dans l'ordre de ses fonctions constitutionnelles, ou il cesse d'être roi et la forme de gouvernement est changée. Puisqu'il a le droit de vouloir pour le peuple, il est donc son *représentant...* », et les textes proposés sont votés (*ibid.*, p. 331).

Il est vrai que dans une série d'articles votés après la fuite du roi et son arrestation à Varennes, le législateur constituant de 1791 détermine les cas où le roi sera censé avoir abdiqué et sera replacé dans la classe des citoyens (tit. III, chap. II, sect. I, art. 5-8). Ainsi la constitution organise une sorte de contrôle du peuple sur son représentant, le roi. La constitution réservait aussi à la nation le droit de changer sa constitution et, par conséquent, de révoquer le pouvoir représentatif qu'elle donnait au roi. « L'Assemblée constituante déclare que la nation a le droit imprescriptible de changer sa constitution » (tit. VII, art. 1). — C'est par ces procédés qu'on pensait, en 1791 concilier le principe monarchique et le principe de la souveraineté nationale et réserver le droit de contrôle de la nation représentée sur son représentant le roi. C'était une conciliation plus apparente que réelle, car il reste toujours que le prince, qui

arrive au trône en vertu de son droit héréditaire, ne peut être, à moins d'une fiction, considéré comme le représentant du peuple, qui n'est pour rien dans son institution.

J.-J. Rousseau n'avait vu aucune antinomie entre le principe de la souveraineté du peuple qu'il affirmait énergiquement et la monarchie héréditaire. Pour lui, le gouvernement est « un corps intermédiaire établi entre les sujets et le souverain, pour leur mutuelle correspondance, chargé de l'exécution des lois... » Ce gouvernement peut être confié à un roi héréditaire, car les gouvernants n'exercent en réalité aucun pouvoir; ils n'ont aucune part à la souveraineté; ils ne font qu'exécuter la volonté du souverain. Le (gouvernement) « n'est absolument qu'une *commission*, qu'un *emploi*, dans lesquels simples officiers du souverain ils (les gouvernants) exercent en son nom le pouvoir dont il les a faits dépositaires, et qu'il peut limiter, modifier et reprendre quand il lui plait... » (*Contrat social*, liv. III, chap. I). Rapp. liv. III, chap. XVIII et liv. II, chap. VI, note 1, où on lit : « Pour être légitime, il ne faut pas que le gouvernement se confonde avec le souverain, mais qu'il en soit le ministre; alors la monarchie elle-même est république ».

Avec le principe de la souveraineté inaliénable, une et indivisible de la nation, on ne peut faire la théorie juridique de la monarchie limitée qu'en faisant de la monarchie, suivant l'expression du XVIIIe siècle, une simple *commission* toujours révocable à la volonté du peuple. Or, évidemment, une pareille conception juridique n'est pas conforme à la réalité des faits. il est incontestable que dans toutes les monarchies modernes, même les plus libérales, le roi est considéré comme détenteur d'une part de la souveraineté, ou plus exactement, comme collaborant à l'exercice de la souveraineté, et, en fait, il participe vraiment à l'exercice de cette souveraineté. Si l'on ne peut voir en lui un représentant de la volonté nationale, il faut y voir la personnification d'un autre élément de puissance publique, d'une force sociale qui fait sentir son action dans ces pays à côté de la force appelée souveraineté nationale.

Le fait générateur des monarchies limitées a été partout, et particulièrement en France, la survivance de la force sociale monarchique à côté des forces sociales nouvelles apparaissant dans certaines classes ou

dans la majorité numérique. Dans tous les pays où, malgré l'avènement de ces nouvelles forces sociales, le sentiment monarchique s'est maintenu puissant, se sont constitués deux gouvernants, correspondant aux deux forces sociales coexistantes : un monarque héréditaire et une collectivité (classe ou majorité) organisée en représentation dans un parlement, deux gouvernants dont l'action se combine dans l'intérêt du pays sans qu'un principe artificiel et *a priori* les mette en contradiction. C'est en réalité la conception anglaise : la monarchie limitée en Angleterre est sortie naturellement des faits et on ne s'y est point inquiété d'une conciliation théorique du principe monarchique et de la souveraineté nationale.

Cf. pour le développement de ces idées, notre volume, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, 1903, p. 270 et suiv.

59. Les gouvernements républicains. — Ce sont tous les gouvernements dont le titulaire unique ou les titulaires en collectivité ne sont pas héréditaires, n'ont qu'un droit viager ou temporaire. Peu importe donc que le gouvernement soit confié à un seul homme, ou qu'il soit exercé par une collectivité, il sera républicain, s'il n'y a pas hérédité. Le gouvernement qui appartiendrait à un collège de personnes héréditaires ne serait point, à notre avis, gouvernement républicain. Un pareil gouvernement ne serait pas impossible, mais à notre connaissance l'histoire n'en offre pas d'exemple. Si tous les pouvoirs non héréditaires étaient concentrés entre les mains d'un seul ou entre les mains d'une collectivité, il y aurait un gouvernement républicain absolu ou despotique (cf. § 58).

Sur le principe même de l'organisation du gouvernement républicain, deux tendances se partagent les Etats républicains modernes. Suivant l'une, qui procède directement de Rousseau, le gouvernement républicain n'est qu'une *commission*, un *emploi*. L'individu ou les individus qui le forment n'ont point le caractère de représentants de la nation ; ils sont simple-

ment des agents d'exécution, les commis du parlement, qui seul représente la volonté nationale ; ils doivent rendre compte de tous leurs actes au parlement, devant lequel ils sont responsables ; ils doivent lui obéir en tout et ne peuvent exercer sur lui aucune action. Dans une autre conception au contraire, l'individu ou les individus qui forment le gouvernement sont véritablement des représentants de la souveraineté nationale au même titre que le parlement ; ils constituent un organe, qui marche l'égal du parlement, soit que l'on admette que la souveraineté est partagée entre ces deux organes (théorie rigide de la séparation des pouvoirs, cf. § 54), soit que l'on considère que les deux organes collaborent à l'exercice de la souveraineté, mais y participent d'une manière différente à cause de leur structure différente (cf. § 55). Le gouvernement peut, doit peut-être même être soumis ici encore au contrôle du parlement, mais il pourra exercer à son tour une action sur le parlement ; et la garantie de la liberté résultera précisément de cette action réciproque des deux organes l'un sur l'autre.

La première conception, celle d'un gouvernement républicain composé de *commis*, d'agents d'exécution du parlement, a trouvé dans la constitution montagnarde de 1793 sa réalisation complète. Elle créait un conseil exécutif composé de 24 membres, qui devaient être nommés par le corps législatif sur une liste de présentation établie par les assemblées électorales des départements, à raison d'un candidat par département, et renouvelé par moitié à chaque législature dans les derniers mois de la session (art. 62-64). L'article 65 portait : « Le conseil est chargé de la direction et de la surveillance de l'administration générale ; il ne peut agir qu'en exécution des lois et décrets du corps législatif ». On sait que cette constitution ne fut jamais appliquée, et que les décrets des 19 vendémiaire, 14 frimaire et 12 germinal an II organisèrent le gouvernement révolutionnaire où toute l'activité gouvernementale était concentrée entre les mains de comités nommés par la Convention.

En 1848, au moment de la discussion de la constitution de 1848, l'idée de confier les fonctions gouvernementales à un fonctionnaire, simple agent de l'assemblée législative, nommé par elle et ne dépendant que d'elle, fut reprise et défendue par quelques hommes éminents. Ce fut l'objet du célèbre amendement Grévy, ainsi conçu : « Le chef du pouvoir exécutif est élu par l'assemblée ; il

prend le titre de président du conseil des ministres. Il est élu pour un temps illimité ; il est toujours révocable ; il nomme et révoque les ministres ». La proposition fut repoussée par 643 voix contre 158, le 7 octobre 1848 (*Moniteur*, 8 octobre, p. 2749).

En 1871, on fut amené par les circonstances à organiser le gouvernement d'après cette conception. Par sa résolution du 17 février, l'Assemblée nationale nommait M. Thiers « Chef du pouvoir exécutif de la République française ». On disait dans la résolution : « Il exercera ses fonctions sous l'autorité de l'assemblée nationale... ». Il n'est donc qu'un agent de l'assemblée nationale, toujours responsable devant elle. La loi du 31 août 1871 confère à M. Thiers le titre de président de la république ; mais, d'après l'art. 1er de cette loi, « il continuera d'exercer sous l'autorité de l'assemblée nationale, tant qu'elle n'aura pas terminé ses travaux, les fonctions qui lui ont été déléguées par décret du 17 février 1871 ». Le chef du gouvernement reste donc un simple *commis* de l'assemblée, constamment responsable devant elle. La loi du 13 mars 1873 prétend modifier cette situation et donner à M. Thiers la qualité de chef d'Etat, en transportant sa responsabilité politique sur la tête de ses ministres ; mais, pleine de contradictions, cette loi maintient la responsabilité du président de la république devant l'assemblée pour les questions qui se rattachent à la politique générale du gouvernement (art. 4). De fait, quelques mois après, le 24 mai 1873, M. Thiers était obligé de se retirer devant un vote de l'assemblée.

L'idée d'un gouvernement composé de commis du parlement est bien celle qui paraît avoir présidé à l'organisation du gouvernement en Suisse. Le gouvernement fédéral et les gouvernements des cantons sont constitués par un conseil ou un directoire, dont les membres sont élus ou par le corps législatif ou directement par le peuple. Le conseil exécutif fédéral est élu pour trois ans par le conseil national et le conseil des Etats réunis. Le conseil fédéral est présidé par le président de la confédération nommé pour une année par l'assemblée fédérale et choisi parmi les membres du conseil. Les fonctions gouvernementales n'appartiennent point au président de la confédération, mais au conseil fédéral (Const. 1874, art. 95-102). Il est d'usage que le président de la confédération remplisse les fonctions de ministre des affaires étrangères. M. Esmein (*Droit const.*, 4e édit., p. 335) fait très justement remarquer que, quoique irrévocables, les membres du conseil exécutif fédéral sont au pied de la lettre les exécuteurs des volontés du corps législatif, et que l'exercice d'une volonté dirigeante n'entre même pas dans leur pensée. Ce système suisse est quelquefois appelé gouvernement *directorial*. — Cf. Esmein, *loc. cit.*, 4e édit., p. 396 ; Burgess, *Political science quarterly*, 1904, p. 563 ; Lilian Town, *Introduction* de la traduction anglaise du livre de M. Deploige sur le *Referendum*.

Le système d'un gouvernement républicain, simple commis du parlement, est sans inconvénients dans un petit pays comme la Suisse où l'éducation politique est parvenue à un très haut point, où les esprits sont calmes et pondérés. Mais dans un grand pays, il présenterait de graves dangers. Par là en effet on concentre tous les pouvoirs entre les mains du parlement qui devient facilement tyrannique, étant omnipotent. Il est élu, qu'importe? Agissant sans contrepoids, il dispose d'un pouvoir qui deviendra facilement une dictature. Il y viendra d'autant plus aisément qu'il peut s'appuyer sur l'élection populaire dont il est issu. Si l'on a pris des garanties contre le despotisme des rois, il n'est point inutile d'en prendre aussi contre le despotisme des parlements. Le moyen qui paraît le plus simple est de créer, à côté du parlement, un organe de gouvernement qui ne soit pas le simple agent d'exécution du parlement, qui ne dépende pas exclusivement de lui et qui puisse exercer sur lui une action directe et effective, de telle sorte que la garantie de la liberté résulte précisément de l'action réciproque que le parlement et le gouvernement exerceront l'un sur l'autre. Dans un pays où l'on reconnaît le principe de la souveraineté nationale et où on pratique le système représentatif, le meilleur moyen d'arriver au but indiqué est, semble-t-il, de faire du gouvernement, soit qu'il appartienne à un seul, soit qu'on le confie à une collectivité, un organe de représentation, de placer ainsi à côté l'un de l'autre deux organes de représentation se limitant réciproquement.

Cette façon de concevoir et d'organiser le gouvernement a été combattue comme étant contraire aux vrais principes du gouvernement républicain. Le 28 janvier 1875, au moment de la discussion de la loi du 25 février 1875, M. Naquet présentait l'amendement suivant : « Le pouvoir exécutif est confié à un président du conseil sans portefeuille, responsable devant la chambre, élu et révocable par elle et qui prend le titre de président de la république ». La proposition fut repoussée à une très forte majorité (*Annales ass. nat.*, 1871, XXXVI, p. 333). La même idée était exprimée par M. Goblet, en 1894, à propos d'une proposition de revision consti-

tutionnelle. « A nos yeux, disait-il, il ne s'agit pas seulement pour avoir la république de faire de la monarchie un régime électif et à temps, mais il s'agit de substituer à un pouvoir exécutif ayant une action propre et indépendante, un pouvoir exécutif subordonné, et à des assemblées simplement de législation et de contrôle, une assemblée nationale qui ne légifère pas seulement, mais qui dirige » (séance 12 mars 1894, *J. off., déb. parl.*, chambre, p. 497).

Nous ne voyons pas que l'existence d'un organe de gouvernement, ayant le caractère représentatif, placé à côté du parlement élu, et collaborant avec lui à l'activité de l'Etat, puisse être une atteinte aux principes démocratique et républicain. Nous croyons au contraire qu'elle en sera l'application et la garantie. La tyrannie sanglante de la Convention, assemblée unique, réunissant les pouvoirs de législation et de direction, est, ce nous semble, une expérience suffisante. Mais nous reconnaissons volontiers que c'est un problème délicat de déterminer le mode de composition et le mode de nomination de l'organe représentatif d'exécution. Si on le constitue par un seul individu, nommé au suffrage universel, il est à craindre que dans un pays comme la France, centralisé politiquement et administrativement, imprégné de monarchisme, voire même de césarisme, le chef du gouvernement n'aspire et peut-être n'arrive à la dictature. Le coup d'Etat du 2 décembre 1851 fait par le prince Louis-Napoléon, président de la république, élu au suffrage direct et universel, démontre que des craintes de ce genre ne sont pas chimériques. Si le chef de l'Etat est élu par un suffrage restreint, il est sans autorité et sans force sur le parlement élu au suffrage universel. Le mode d'élection de notre président de la république actuel est la cause principale de son rôle de plus en plus effacé. Si l'on confie le gouvernement à un collège, on court le risque de rompre son unité et de créer au sommet de l'Etat une véritable anarchie. La période du Directoire de l'an III à l'an VIII, pendant laquelle le pouvoir gouvernemental appartient à cinq directeurs, est marquée par une

série de coups d'Etat et des conflits de tout genre, dont la cause principale est l'anarchie gouvernementale provenant assurément de la collégialité du gouvernement.

Les Américains ont donné une solution heureuse du problème : mais il est vrai que les conditions politiques et sociales des Etats-Unis sont absolument différentes de celles de notre pays. Le président de la république est nommé pour quatre années, par le suffrage populaire s'exerçant à deux degrés avec mandat impératif. Malgré ce mode d'élection, qui fait véritablement du président le *représentant* du peuple américain, malgré ces pouvoirs très étendus, malgré le prestige considérable que certains événements lui ont valu, le président de la république américaine n'est point devenu et ne parait point devoir jamais devenir un dictateur. M. Bryce dit très justement : « Il n'est point aisé d'imaginer un président renversant la constitution existante ». De cela les raisons sont nombreuses. La principale réside dans le caractère fédéral des Etats-Unis et, en même temps, dans l'étendue du pays et la diversité des éléments qui le composent. Assurément, la nation américaine marche vers la centralisation et l'unité ; la compétence du gouvernement fédéral s'accroît chaque jour ; mais les Etats particuliers ont encore une notable autonomie. D'autre part, si le peuple américain parait acquérir, depuis trente ans surtout, la conscience claire de son unité nationale, il est loin d'avoir, il n'aura peut-être jamais, par suite des éléments divers qui le composent, par suite des apports toujours nouveaux d'une immigration importante, l'homogénité qui caractérise quelques-unes des vieilles nations européennes et particulièrement la nation française. Toute tentative de coup d'Etat réalisable dans un pays fortement centralisé, avec une armée prétorienne, serait en Amérique condamnée à un échec certain, et les citoyens de la libre Amérique n'ont rien à redouter à cet égard.

Ces quelques mots sur la présidence américaine montrent combien sont chimériques les opinions de ceux qui voudraient instituer en France une présidence sur le modèle américain. Aucun des éléments sociaux qui ont fait le président américain ce qu'il est n'existe dans notre pays ; et l'on se trompe étrangement en croyant que quelques textes d'une loi constitutionnelle suffiraient à donner à notre président le prestige et les pouvoirs du chef d'Etat américain.

Il faut bien reconnaître qu'aucune des tentatives faites en France pour organiser le gouvernement républicain n'a été très heureuse. La constitution de l'an III créait un directoire composé de cinq membres renouvelés par cinquième tous les ans et nommés par le conseil des anciens sur une liste décuple du nombre des membres à nommer, formé par le conseil des cinq-cents (art. 133). Il était

spécifié dans l'art. 132 que le corps législatif faisait alors *fonction d'assemblée électorale au nom de la nation, et que le pouvoir exécutif était délégué* à un directoire de cinq membres. De ces textes, il résulte très nettement que le directoire était, dans la pensée des auteurs de la constitution de l'an III, véritablement un organe représentatif, et même un organe représentatif pour l'exercice du pouvoir exécutif conçu à la manière de 1791, comme un élément de la souveraineté elle-même (cf. § 54). Cette organisation fut une des causes principales de l'anarchie gouvernementale qui rendit possibles le coup d'Etat du 18 brumaire et la constitution de l'an VIII, laquelle prépara la concentration de toute la puissance entre les mains du premier consul d'abord et de l'empereur ensuite.

Les auteurs de la constitution de 1848, éclairés par l'expérience de l'an III, ne songèrent point à établir la collégialité du gouvernement. Ils créèrent un chef d'Etat avec le titre de président de la république, duquel ils voulurent faire vraiment un organe de représentation investi du pouvoir exécutif, encore compris à la manière de 1791 comme un élément de la souveraineté : « Le peuple français *délègue* le pouvoir exécutif à un citoyen qui reçoit le titre de président de la république » (art. 43). Ce président est élu pour quatre ans par le suffrage direct et universel; il est véritablement un représentant de la nation. Ainsi, il y a deux organes de représentation : le parlement et le gouvernement personnifié par le président, et, comme en l'an III et en 1791, on veut régler la situation de ces deux organes d'après le principe de la séparation des pouvoirs et éviter, par la vertu de ce principe, les conflits entre eux. On n'y réussit guère, puisque, à la faveur de son nom, de la légende napoléonienne et surtout de l'autorité et du prestige que lui donnait son élection au suffrage universel, le président de la république déchire la constitution, disperse le corps législatif, et après le 2 décembre 1851, se trouve seul maître du pays.

La constitution de 1852, faite par le prince Louis-Napoléon, en vertu du plébiscite du 20 décembre 1852, lui donnant mandat de faire une constitution sur *les cinq bases* de la proclamation du 2 décembre, attribue au président de la république d'une manière très nette le caractère représentatif. « Le gouvernement de la république française est confié pour dix ans au prince Louis-Napoléon, président actuel de la république française. Le président de la république gouverne au moyen des ministres, du conseil d'Etat et du corps législatif. La puissance législative s'exerce collectivement par le président de la république, le sénat et le corps législatif » (Const. 1852, art. 2-4). En droit, c'est la totalité de la souveraineté qui est déléguée au prince président; mais ses pouvoirs sont limités en matière législative par la participation du corps législatif à la confection des lois. Le caractère représentatif du chef de l'Etat est complété et en quelque sorte sanctionné par la disposition de l'art. 5 édictant la responsabilité du président de-

vant le peuple, disposition maintenue quand l'empire héréditaire remplace la république décennale.

La constitution de 1875 a aussi créé un président de la république qui personnifie le gouvernement et qui a véritablement caractère de chef d'Etat. Aujourd'hui, en fait (cf. § 60), à beaucoup d'égards le président de la république est traité comme un simple agent du parlement; mais il est facile d'établir que, d'après le droit de 1875, le président de la république a véritablement le caractère représentatif et que le gouvernement qu'il personnifie est à côté du parlement un second organe de représentation. Quand, le 24 mai 1873, sur l'interpellation du duc de Broglie et le vote de l'Assemblée nationale, M. Thiers fut obligé de se retirer, le maréchal de Mac-Mahon fut élu président de la république. Après les tentatives infructueuses d'une restauration monarchique au profit du comte de Chambord, est votée la loi du 20 novembre 1873, dite *loi du septennat*, dont l'art. 1 porte : « Le pouvoir exécutif est confié pour sept ans au maréchal de Mac-Mahon... à partir de la promulgation de la présente loi; ce pouvoir continuera à être exercé avec le titre de président de la république et dans les conditions actuelles jusqu'aux modifications qui pourraient y être apportées par les lois constitutionnelles ». Le nouveau président de la république n'est pas, comme M. Thiers, responsable politiquement devant l'assemblée, puisqu'une durée fixe de sept années lui est assurée. On crée en la personne du maréchal une sorte de monarchie constitutionnelle. Ne pouvant faire une monarchie définitive, l'Assemblée fait une monarchie temporaire. On dit bien, dans l'art. 1er de la loi, que « le président continuera à exercer le pouvoir exécutif dans les conditions actuelles ». Mais ces expressions ne peuvent viser la loi des Trente faite spécialement en vue de M. Thiers; elles ne peuvent pas davantage impliquer une responsabilité du maréchal devant l'Assemblée, puisqu'on

donne à ses pouvoirs une durée fixe de sept années. Le président devenait vraiment roi constitutionnel pour sept ans; et de même qu'au roi constitutionnel on reconnaît le caractère représentatif, de même on l'attribuait au président de la république.

Votée après de longues péripéties (cf. Duguit et Monnier, *Les constitutions de la France*, *Notices historiques*, p. CXXXIV et suiv.), la loi du 25 février 1875 reconnaît implicitement au président de la république le caractère qui lui était donné par la loi du 20 novembre 1873. Le maréchal de Mac-Mahon n'était que le premier président de la série indéfinie des présidents futurs de la république. L'amendement Wallon, devenu l'art. 2 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, règle le mode de nomination du président de la république, mais ne détermine point son caractère juridique. Il reste fixé par la loi du 20 novembre 1873. La loi constitutionnelle nouvelle ne se borne pas, comme les *septennalistes* le demandaient, à organiser une république de sept ans; elle fait de la république le gouvernement définitif du pays; elle organise le gouvernement; mais elle ne change rien au caractère du président de la république tel qu'il avait été fixé par la loi du 20 novembre.

Ainsi, d'après la constitution de 1875, le président de la république est chef d'Etat, personnifiant le gouvernement; il est investi du pouvoir exécutif; il n'est pas un simple agent du parlement; il est, comme le parlement, un organe de représentation. Mais en fait, sous l'action de causes qui seront étudiées plus loin, le président de la république tend à n'être plus qu'un simple agent, un simple commis du parlement, et le gouvernement à n'être plus un organe de représentation, mais seulement une autorité administrative.

60. Des rapports du parlement et du gouvernement. — Lorsque l'individu ou les individus qui exercent les fonctions de gouvernement ne sont rien autre chose que les agents ou les commis du parle-

ment, la question de leurs rapports avec le parlement ne soulève aucune difficulté. Ils ne peuvent exercer aucune action sur le parlement; ils ne peuvent par exemple ni l'ajourner ni le dissoudre; ils sont responsables de tous leurs actes devant lui; il doit pouvoir à chaque instant les congédier; ils sont les simples exécuteurs de ses volontés. Ce système aboutit incontestablement à la concentration de toute la puissance entre les mains du parlement. C'était l'idéal des auteurs de la constitution montagnarde en 1793 et c'est celui de l'école radicale actuelle (cf. § 59 la proposition Naquet en 1875 et la déclaration de M. Goblet en 1894).

La question des rapports du gouvernement et du parlement devient très délicate, quand les hommes qui, en fait, sont investis des fonctions gouvernementales, ne sont pas considérés comme les simples commis du parlement. La solution de cette question présente en même temps une importance de premier ordre. Si, en effet, un seul organe politique concentre tous les pouvoirs, c'est fatalement l'arbitraire, la tyrannie. Il faut donc deux organes politiques. Mais si les rapports de ces deux organes ne sont pas ingénieusement réglés, des conflits, des coups d'Etat, des révolutions sont à craindre; l'expérience le prouve.

On peut concevoir que le chef du gouvernement auquel on reconnaît un droit propre ou qui s'attribue en fait et en droit le caractère de représentant de la volonté nationale, concentre, en vertu de ce droit propre ou de ce caractère représentatif, tous les pouvoirs, mais néanmoins consente à l'élection d'un parlement venant limiter son pouvoir législatif, la loi ne pouvant être faite que du consentement du parlement et du chef de l'Etat. Un pareil système aboutit incontestablement à la subordination complète du parlement au chef de l'Etat et peut, suivant le tempérament du chef de l'Etat et les circonstances, équivaloir, à peu de chose près, à un régime de monarchie absolue. La présence

d'un parlement élu, quelque limités que soient ses pouvoirs, constitue cependant au profit des gouvernés une garantie dont il ne faut pas méconnaître l'importance, et parfois un pareil régime a conduit, par la force des choses, à l'établissement d'un véritable système parlementaire.

Cette conception d'un chef d'Etat concentrant en lui tous les pouvoirs, acceptant volontairement la nomination d'un parlement élu en tout ou en partie, qui participera avec lui à la confection des lois, a été celle de la Charte de 1814. Le roi de France monte sur le trône en vertu de son droit héréditaire et divin; la continuité monarchique n'a pas été interrompue en droit; il y a eu seulement des usurpateurs de fait. Il accorde, il *octroie* « volontairement et par le libre exercice de son autorité royale », une charte qui va régler « les formes du gouvernement du roi », « qui est le chef suprême de l'Etat »; seule « la puissance législative s'exerce collectivement par le roi, la chambre des pairs et la chambre des députés »; le roi a seul l'initiative; la loi n'existe que par sa sanction; toutes les autres fonctions politiques sont exercées par le roi seul. V. particulièrement art. 13 et suiv. de la Charte de 1814. — Cons. Bonnefon, *Histoire du gouvernement parlementaire sous la Restauration*, 1905; Barthélemy, *Introduction du gouvernement parlementaire*, 1904. — Sous l'action de circonstances que nous n'avons pas à étudier ici, et qui ont été très bien décrites par les auteurs que l'on vient de citer et aussi par M. Duvergier de Hauranne, dans son grand ouvrage, malheureusement inachevé, l'*Histoire du gouvernement parlementaire*, le régime politique de la Charte de 1814, qui pouvait être le prélude du retour à la monarchie absolue, prépare au contraire l'établissement en France du régime parlementaire complet, fondé sur l'égalité de pouvoir du parlement et du gouvernement, sur leur collaboration constante et sur leur action réciproque.

Napoléon Ier et Napoléon III l'un et l'autre ont affirmé qu'ils étaient investis d'un mandat par lequel le peuple leur avait conféré sa souveraineté. « Le gouvernement de la république est confié à un empereur.... » (S. C. du 28 floréal an XII, art. 1). « Le gouvernement de la république française est confié pour dix ans au prince Louis-Napoléon Bonaparte » (Const. 1852, art. 2), lequel devient empereur héréditaire, en vertu du S. C. du 7 novembre 1852 ratifié par le plébiscite des 21 et 22 novembre. Le pouvoir des deux empereurs, représentants de la volonté nationale, n'est limité qu'en matière législative. Sous le premier empire, la limitation, si elle existe en droit, est en fait complètement illusoire. Il en est de même pendant les premières années du second empire. Mais sous la pression de l'opinion publique des réformes libérales sont successivement introduites; le S. C. constitutionnel du 21 mai 1870 organise

un véritable système parlementaire. Cf. H. Berton, *Evolution constitutionnelle du second empire*, 1900.

La presque unanimité des publicistes allemands soutiennent aujourd'hui que dans les Etats et dans l'empire le pouvoir se concentre tout entier dans la personne du monarque, que son pouvoir sans doute est limité par le parlement, mais que le monarque est censé n'avoir limité son pouvoir que dans les bornes qu'il a expressément indiquées, qu'il conserve le libre choix de ses ministres et que pour les cas non prévus et pour le cas de conflit insoluble avec le parlement, le monarque reprendrait tout son pouvoir. On peut dire ainsi que dans les Etats allemands et dans l'empire allemand existe une monarchie simplement limitée, le monarque pouvant toujours reprendre son pouvoir absolu.

Cette théorie a été surtout soutenue au cas où le parlement refuse le vote du budget. M. Laband a consacré de longs développements pour démontrer que lorsque le parlement ne vote pas le budget, le monarque a le droit de l'établir lui-même. Il écrit : « Si vraiment le parlement a le droit de refuser chaque année au ministère l'autorisation de percevoir les recettes et d'effectuer les dépenses, et si le ministère est mis dans l'alternative de céder la place à un successeur agréable à la majorité parlementaire ou d'être mis en accusation pour violation de la constitution, la conséquence est qu'en fait, le monarque a perdu ses droits de gouvernement et a été remplacé dans ses droits par le parlement. Alors le véritable chef de l'Etat n'est pas le roi ; c'est la démagogie toute puissante dans les élections ; le principe de la constitution de l'empire, — d'après lequel l'empereur a le droit de nommer le chancelier de l'empire, — se trouve, lorsqu'on l'applique à l'empire allemand, n'être qu'un mot vide de sens » (Laband, *Droit public*, édit. franç., 1904, VI, p. 397). M. Laband applique ainsi à l'empire allemand des théories qui avaient été construites pour les monarchies particulières. Cf. notamment Rœnne, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 3e édit., 1870 ; Seydel, *Bayerisches Staatsrecht*, 2e édit., 1896. M. Barthélemy (*Revue du droit public*, 1905, p. 717) dit très justement : « Un des traits qui se dégage avec le plus de netteté de l'ensemble des doctrines politiques des Allemands, c'est l'aversion qu'ils professent pour le système de gouvernement, qu'avec une manière de dédain ils appellent *Das Parlementarismus* ». M. Barthélemy montre aussi très bien comment, particulièrement en Prusse, les circonstances et spécialement l'arrivée aux affaires en 1862 de M. de Bismark arrêtèrent l'évolution de la constitution prussienne dans le sens libéral.

Si au contraire les deux organes, parlement et gouvernement, sont considérés comme ayant une puissance égale, soit parce qu'ils émanent de deux éléments différents auxquels cependant appartient en fait une

force égale, soit parce qu'on voit dans l'un et l'autre des organes de représentation de la volonté nationale, comment doivent se régler leurs rapports ?

La solution du problème a d'abord apparu dans le système de la séparation des pouvoirs : le parlement, a-t-on dit, est organe de représentation pour le législatif et le gouvernement organe de représentation pour l'exécutif. C'est le système que les auteurs de la constitution de 1791 croyaient trouver en Angleterre et dans l'*Esprit des lois*. Ils voulurent l'instituer en France ; on sait au prix de quelle contradiction et quel en fut le résultat (cf. *supra*, § 54). En l'an III et en 1848, on voulut revenir à ce système sans plus de succès.

On dit couramment que si le système de la séparation des pouvoirs n'a pas réussi en France, au contraire il a fait merveille dans la République américaine et a permis aux deux organes de l'Etat, la présidence de la république et la législature, d'agir dans leur sphère respective sans se heurter. Il y a là une erreur ou du moins une vision incomplète des choses. On a déjà fait observer (§ 55) que la pensée des auteurs de la constitution américaine fut en 1787 d'édifier un système politique sur le modèle anglais et fondé par conséquent sur la collaboration continuelle des organes et non point sur leur séparation et leur isolement. Pour beaucoup de raisons très diverses et très complexes, il s'est trouvé que, par son évolution naturelle, le gouvernement américain s'est profondément différencié du régime anglais. L'institution essentiellement anglaise d'un cabinet (conseil des ministres), unité politique intermédiaire entre le chef de l'Etat et le parlement, solidairement responsable devant le parlement et chargé d'assurer la collaboration constante des deux organes supérieurs de l'Etat, est absolument inconnue en Amérique. A la différence des chefs d'Etat parlementaires, le président américain est personnellement responsable de ses actes « non pas tant, dit M. Bryce, devant le congrès que devant le peuple par qui il est choisi ». Pendant la durée de ses pouvoirs de quatre années, la mise en accusation par la procédure de l'*empêchement* est le seul moyen de mettre en pratique cette responsabilité. Quant aux ministres, ils ne forment point un conseil ; ils ne font point partie du parlement ; ils ne sont point politiquement responsables devant lui. Les ministres dépendent exclusivement du président de la république. Le gouvernement est exclu du congrès et paraît devoir se trouver ainsi dans l'impossibilité d'exercer une action sur lui. Par là il semble que la séparation des deux organes est complète. Dans la réalité, il n'en est rien ; il existe en fait et en droit une collabora-

tion intime du parlement et du président de la république. D'abord le congrès participe à l'exercice du gouvernement, car le président ne peut prendre aucune décision importante sans le concours du sénat. Il ne peut notamment conclure des traités qu'avec l'avis conforme du sénat, avis qui doit être donné par les deux tiers des sénateurs présents ; l'avis du sénat est aussi nécessaire pour nommer les ambassadeurs, les consuls, les juges à la cour suprême et tous les autres hauts fonctionnaires fédéraux. A l'inverse, le président exerce une certaine action sur le congrès et participe à la fonction législative. Il peut convoquer les deux chambres dans les circonstances extraordinaires. Il n'a pas à vrai dire l'initiative législative, mais il doit mettre le congrès au courant de la situation de l'Union et appeler son attention sur les mesures à prendre. Enfin, il peut imposer un *veto* aux bills et résolutions votés par le congrès, lequel peut maintenir son vote après nouvelle délibération, à la condition que ce vote réunisse dans les deux chambres une majorité des deux tiers. C'est, d'après tous les bons juges, par son *veto* suspensif que le président américain exerce surtout son pouvoir effectif. M. Bryce écrit : « La seule vraie force du pouvoir exécutif, le rempart derrière lequel il peut résister à l'assemblée législative, c'est en temps ordinaire son droit de *veto*. En d'autres termes, il survit comme exécutif, non pas en vertu de ses fonctions propres, *mais bien à cause de la part qu'il a reçue dans les fonctions législatives ;* il maintient sa position par la force des choses, *non parce qu'il est séparé du pouvoir législatif,* mais plutôt parce qu'il participe à un droit qui appartient en réalité à ce pouvoir » (*La république américaine*, I, p. 324-325). Ainsi cette constitution, qu'on nous présente toujours comme fondée sur le dogme de la séparation des pouvoirs, ne fonctionne normalement que grâce à la part qu'elle donne au chef du pouvoir dit exécutif dans la confection des lois, à la brèche qu'elle apporte à ce fameux principe. Qu'on ne nous vante donc plus les merveilleux effets de la séparation des pouvoirs aux Etats-Unis !

Cette action du président de la république américaine sur le pouvoir législatif a considérablement grandi ces derniers temps sous l'empire de causes diverses. Cela a été particulièrement mis en relief par M. Barthélemy dans un article remarquable (*De la condition actuelle de la présidence des Etats-Unis d'Amérique, Revue politique et parlem.*, 1906, I, p. 277). Le président exerce une action très efficace sur le travail législatif ; il possède une véritable initiative reconnue par les orateurs parlementaires eux-mêmes. M. Barthélemy peut écrire très exactement : « Nous croyons en avoir assez dit pour que l'on voie ce qu'a d'artificiel, de littéraire, quand on l'applique à l'époque actuelle, la thèse de l'infériorité par rapport à l'initiative formelle des pays parlementaires ». Et nous ajoutons : cela montre combien sont dans l'erreur ceux qui parlent encore de l'application faite en Amérique du principe de la séparation des pouvoirs. M. Barthélemy dit aussi très justement : « Loin

de suivre la volonté du congrès (les présidents) savent lui imposer la leur. Ils sont véritablement les chefs de leur pays ». Et malgré cela la forme fédérale des Etats-Unis empêche qu'on puisse craindre en quoi que ce soit l'établissement d'une dictature présidentielle.

Sur l'action considérable que le président de la république américaine exerce par son droit de *veto* sur le congrès, cons. H. Bosc, *Les droits législatifs du président des Etats-Unis d'Amérique*, 1906; R. Bompard, *Le veto du président de la république et la sanction royale*, avec préface de M. Casimir-Perier, 1906.

61. Le régime parlementaire. — La solution la plus élégante et la plus pratique du problème posé, et en même temps celle qui assure les meilleures garanties à la liberté, est assurément l'institution du régime *parlementaire*. Assurément il n'y a pas là un mécanisme politique créé de toute pièce par les théoriciens politiques à la manière de Siéyès. Elaboré surtout par la pratique du peuple anglais, le régime *parlementaire* ou *gouvernement de cabinet* a été transporté sur le continent, particulièrement en France où de 1814 à 1848 il s'est développé et précisé. Aujourd'hui, quoique produit spontané de l'histoire politique, le régime parlementaire, tel qu'il est sorti de l'évolution naturelle, nous apparaît avec des caractères parfaitement définis, qu'il n'est point inutile de mettre en relief.

Il repose essentiellement sur l'égalité des deux organes de l'Etat, le parlement et le gouvernement, sur leur intime collaboration à toute l'activité de l'Etat et sur l'action qu'ils exercent l'un sur l'autre dans le but de se limiter réciproquement. Cette collaboration des deux organes et cette action réciproque qu'ils doivent exercer l'un sur l'autre, sont assurées par un élément qui est la pièce essentielle de la machine politique, le conseil des ministres ou ministère ou cabinet.

La première condition pour qu'un régime parlementaire puisse fonctionner normalement, c'est que le parlement et le gouvernement soient égaux en prestige et en influence, quelle que soit d'ailleurs l'origine de ces deux organes. Si le parlement se trouve, pour une raison ou une autre, dans une situation d'infério-

rité à l'égard du chef de l'Etat personnifiant le gouvernement, l'équilibre est rompu et le régime parlementaire fait bientôt place à la dictature du chef de l'Etat.

L'exemple du régime politique organisé par la constitution de 1848 est particulièrement démonstratif à cet égard. Le chef de l'Etat est élu par le suffrage direct et universel, ce qui lui donne un prestige et une autorité considérables. Le parlement est composé d'une seule chambre, élue sans doute au suffrage universel; mais où les partis sont considérablement divisés, où il n'y a pas de majorité homogène, et seulement des coalitions artificielles et précaires; une chambre qui peut d'autant moins s'appuyer sur le suffrage universel que par la loi du 31 mai 1850 elle montre qu'elle le redoute et lui apporte de profondes restrictions. Dans ces conditions, le mécanisme ne peut pas fonctionner parce que, forcément, l'équilibre sera rompu au profit du chef du gouvernement; et le coup d'Etat de 1851 est l'aboutissant nécessaire des circonstances et de la constitution.

La constitution de 1875 a placé à côté d'un parlement dont les deux chambres sont issues du suffrage universel, l'une, du suffrage universel direct, l'autre, du suffrage universel à deux ou plusieurs degrés, un chef d'Etat, personnifiant le gouvernement, qui se trouve forcément, à côté des chambres, dans une situation inférieure, surtout parce qu'il est l'élu des chambres et que de ce fait même il est sans action effective sur elles. Les circonstances peuvent faire que tel président soit dans une situation particulière où son autorité forme un véritable contrepoids à celle du parlement; mais ce sera une situation tout exceptionnelle; normalement, le chef de l'Etat ne peut pas être, dans le système de 1875, l'égal du parlement. Aussi, nous ne pratiquons point aujourd'hui, en réalité, le régime parlementaire, bien que la volonté certaine des constituants de 1875 ait été de l'établir (cf. *infra*, § 62).

En Angleterre le régime parlementaire a pu s'établir parce que le parlement et la couronne ne sont considérés que comme les deux parties égales d'un seul organe politique. L'un et l'autre ont un prestige équivalent, ayant pour assises dans le pays des éléments également forts. Le parlement, qui n'a été longtemps que la représentation de l'élément aristocratique, est aujourd'hui, depuis la

e électorale de 1884, par la chambre des communes la représ-on des forces démocratiques au reste disciplinées et édu- et par la chambre des lords la représentation de ce qui reste ent aristocratique. Quant à la couronne, elle n'est pas seu- une institution décorative ; elle repose sur un élément très il quoique surtout moral et intellectuel. Le loyalisme monar- est encore en Angleterre très puissant ; le monarque incarne lque sorte la vie et la grandeur de la patrie anglaise. Et ainsi vernement et le parlement peuvent collaborer ensemble, dans ureux équilibre, à la gestion des affaires du pays.

France le gouvernement parlementaire a pu s'établir après fonctionner normalement de 1830 à 1848, parce que le parle- et le monarque constituaient deux forces à peu près égales. rlement est la représentation des classes moyennes, plus ment de la bourgeoisie riche. La révolution de 1830 a été ar la bourgeoisie et la monarchie trouve son point d'appu dans la classe bourgeoise. Par là, parlement et gouverne- ont un prestige identique, une autorité égale dans le pays, et me parlementaire, qui s'était ébauché pendant la Restaura- rrive après 1830 à son plein développement. C'est d'ailleurs e période où il ait fonctionné normalement dans notre pays.

second caractère du régime parlementaire dérive tement du premier. Les deux organes politiques égaux devront collaborer dans la même mesure tes les fonctions de l'Etat. On ne doit point par- lors de séparation des pouvoirs, parce que les oirs sont les différents éléments de la souverai- démembrée entre différents organes de représen- , et qu'ici la souveraineté n'est point démem- Elle reste intacte dans son unité et son indivisi- et elle est exercée en représentation par les deux es de l'Etat agissant de concert. La vieille règle oit anglais, que le parlement est *un* et comprend son unité la couronne, la chambre des lords et mbre des communes, correspond très exactement élément essentiel du régime parlementaire.

s ce n'est pas à dire que le gouvernement et le nent participent au même degré à toutes les ons de l'Etat. Ayant une structure différente, le nent et le gouvernement participent nécessaire- aux fonctions de l'Etat sous une forme différente. utre part, les fonctions de l'Etat étant diverses,

leur mode d'accomplissement se présentant dans des conditions profondément différentes, le mode et le degré d'intervention et du gouvernement et du parlement devront être différents. Si donc on ne doit pas parler de séparation des pouvoirs entre le parlement et le gouvernement, on peut parler de répartition des fonctions, ou mieux de diversité de participation à l'accomplissement des fonctions de l'Etat. Quelques exemples vont éclairer cette proposition.

La vieille formule : au parlement le législatif, au gouvernement l'exécutif, n'est point exacte sous le régime parlementaire. Il faut dire : au parlement certain mode de participation au législatif et à ce qu'on est convenu d'appeler l'exécutif ; au gouvernement un certain mode de participation aussi au législatif et à ce qu'on est convenu d'appeler l'exécutif. Au législatif le parlement participe parfois en proposant la loi, toujours en la discutant et en la votant ; au législatif le gouvernement participe en proposant la loi, en prenant part à sa discussion, en la promulguant, parfois en la sanctionnant. Le gouvernement parfois participe encore à la fonction législative en formulant sous le contrôle direct du parlement des règles générales appelées ordonnances (*Verordnungen*) ou règlements, et cela dans une mesure qui varie beaucoup suivant les pays et qui sera expliquée pour la France aux §§ 140 et 141. Quant au parlement, il participe à l'exécutif en votant toute une série de mesures qui certainement n'ont pas le caractère législatif, et au premier chef en votant le budget annuel. Sans doute la partie du budget qui contient l'établissement de nouveaux impôts ou même seulement le maintien pour l'année d'impôts précédemment établis, en un mot le vote annuel de l'impôt, a le caractère législatif (cf. *supra*, § 35 et *infra*, § 131) ; mais toutes les dispositions du budget qui fixent le montant des dépenses publiques et déterminent les crédits affectés aux différents services publics n'ont point le caractère législatif, et cependant leur

rentre dans la fonction normale du parlement, ant sur la proposition du gouvernement; il en est me de la décision portant règlement du budget 131). En outre beaucoup de décisions purement istratives, dont le nombre et le caractère varient nt les pays, ne peuvent être prises que par les bres, en général sur la proposition du gouverne- comme par exemple les autorisations d'em- s. Enfin indirectement le parlement est associé e l'activité gouvernante, parce que cette activité ce sous son contrôle continuel, sous la sanction responsabilité ministérielle.

dernier caractère de régime parlementaire est n réciproque que le parlement et le gouverne- exercent l'un sur l'autre.

ction du gouvernement sur le parlement s'exerce rd par les communications, les conseils même, e gouvernement non seulement peut, mais doit e adresser au parlement, les représentants du rnement devant assister à toutes les délibéra- du parlement, non seulement pour répondre aux ions, mais encore pour y exercer un rôle actif, et y faire sentir une influence directrice. L'action uvernement se traduit encore dans le droit qui ui être reconnu et qui lui est en effet reconnu tous les pays parlementaires, sauf quelques va- de détail dans l'étendue et le mode d'exercice, oit de convoquer les électeurs pour procéder à ion de la partie élective du parlement, le droit nvoquer, d'ajourner, de proroger et de clôturer lement, et enfin le plus important de tous et le nécessaire, le *droit de dissoudre* la partie élective rlement et d'appeler les électeurs, dans un cer- élai déterminé par la constitution, à de nouvel- ections.

droit de dissolution du gouvernement, considéré n certain parti comme une survivance du des- ne royal, est au contraire la condition indispen-

sable de tout régime parlementaire et la garantie la plus efficace du corps électoral, de la souveraineté nationale contre les excès de pouvoir, les visées tyranniques, toujours à craindre, d'un parlement. Le gouvernement peut et doit dissoudre le parlement, quand il estime que la politique suivie par lui ne répond pas à la volonté du pays ; il fait ainsi un véritable *referendum ;* il doit convoquer les électeurs dans un délai en général très court et se soumettre au verdict prononcé par eux (cf. *supra*, § 52).

M. Waldeck-Rousseau a mis très nettement en relief ce caractère de la dissolution dans un discours prononcé à Paris le 9 juillet 1896. « La faculté de dissolution, disait-il, inscrite dans la constitution, n'est point pour le suffrage universel une menace, mais une sauvegarde. Elle est le contrepoids essentiel aux excès du parlementarisme, et c'est par elle que s'affirme le caractère démocratique de nos institutions » (cité par M. G. Berry, 21 mars 1905, *J. off.*, chambre, p. 986). C'est bien ainsi que la comprennent les Anglais, les créateurs du régime parlementaire. Le droit de dissoudre le parlement était originairement une prérogative de la couronne : le parlement ne pouvait se réunir que sur la convocation du roi, et le roi pouvait le renvoyer et le dissoudre à son gré. C'est cette prérogative ancienne qui s'est adaptée aux besoins nouveaux, et qui est devenue le moyen de s'assurer que la majorité de la chambre des communes est en harmonie de pensée avec la majorité du corps électoral.

Mais ce droit de dissolution du parlement par le gouvernement doit avoir et a sa contre-partie : elle consiste dans le contrôle général et incessant que le parlement a le droit d'exercer sur les actes du gouvernement et dans la responsabilité solidaire et politique des ministres devant le parlement. Il faut que le gouvernement soit obligé de se retirer toutes les fois que le parlement, ou même une partie du parlement, désapprouve la politique suivie par lui. Mais un pareil système, indispensable pour associer le parlement à l'activité gouvernementale, ne saurait se concilier avec les conditions de stabilité que doit présenter tout gouvernement. Il fallait donc trouver le moyen de concilier la stabilité gouvernementale avec la responsabilité politique du gouvernement. La pra-

›nstitutionnelle anglaise a donné la solution du
ne.

ı mis à profit un vieux principe du droit monar-
anglais. La maxime « *The king can do no*
» « Le roi ne peut mal faire » est une ancienne
ı droit public anglais qui se rattache certaine-
ı caractère de roi absolu appartenant ancien-
au monarque anglais. Le roi ne peut mal faire,
est toujours irresponsable; non seulement il
e à toute poursuite criminelle, mais encore il
ait être atteint par une décision quelconque du
ent critiquant la politique qu'il a suivie. Sa
ne est ainsi inviolable, et il est irresponsable.
le roi ne peut mal faire, il peut être entouré
ıvais conseillers; ceux-ci, parce que le roi ne
al faire, ne peuvent invoquer, pour écarter la
sabilité qui pèse sur eux, les ordres du roi, et
t eux toujours responsables devant le parle-
D'abord, ils ne furent responsables qu'indivi-
nent, par la procédure spéciale de l'*impeach-*
ıccusation mise en mouvement par la chambre
nmunes, jugée par la chambre des lords; puis,
du XVIII[e] siècle, ils deviennent responsables *soli-*
ent et *politiquement* devant la chambre des
ınes. Dès lors, tout acte du roi doit être fait
e concours d'un ministre et contresigné de lui,
e celui-ci seul est responsable.

i la solution cherchée est trouvée. Le chef du
nement est inviolable et irresponsable, il est
ıu-dessus des partis; il constitue l'élément sta-
ermanent du gouvernement. Certains des minis-
'il choisit forment un conseil, un cabinet suivant
ssion anglaise, se réunissant et délibérant sous
sidence d'un *premier ministre*, et dirigeant la
ue du pays, sous leur responsabilité politique
laire devant le parlement. Le cabinet est ainsi
nt changeant et responsable du gouvernement,
ant l'élément véritablement actif. La dissolution

et la responsabilité politique du cabinet sont les deux moyens essentiels par lesquels s'exerce l'action réciproque des deux organes l'un sur l'autre. Le cabinet est la pièce maîtresse du mécanisme. Il est le représentant du chef de l'Etat au parlement, le représentant du parlement auprès du chef de l'Etat. Désapprouvé par le parlement, il doit se retirer, à moins qu'approuvé par le chef de l'Etat, il ne fasse la dissolution. En ce cas, le corps électoral prononce son verdict devant lequel tout le monde doit s'incliner. Finalement le caractère le plus saillant du régime parlementaire est la responsabilité politique et solidaire du cabinet devant le parlement, et quand on le définit un régime politique où un chef d'Etat nomme des ministres, lesquels forment un conseil de cabinet, solidairement et politiquement responsable devant un parlement, on en donne à tout prendre une définition qui n'est point critiquable.

C'est dans l'Angleterre, dès la seconde moitié du XVIIIe siècle, que le régime parlementaire est arrivé à son complet développement. Nous ne ferons pas cette histoire qui a été souvent et très bien faite. Cons. notamment Esmein, *Droit constitutionnel*, 4e édit., 1906, p. 117 et suiv.; Anson, *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre*, édit. franç. 1903-05, particulièrement le t. II; Todd Walpole, *Le gouvernement parlementaire en Angleterre*, édit. franç. 1900, particulièrement le t. II; Franqueville, *Les institutions d'Angleterre*, I, p. 440. — Notons seulement que, contrairement à ce que l'on croit souvent, la pratique du régime parlementaire proprement dit ne coïncide point avec la révolution de 1688. L'évolution consista essentiellement en la création d'un cabinet homogène, choisi par le roi, mais responsable politiquement et solidairement devant le parlement et dirigé par un premier ministre. Cela se fit progressivement après la révolution de 1688, sous l'action de causes diverses : victoire que le parlement avait remportée en 1688 sur le pouvoir royal, contrôle qu'il exerce sur le gouvernement par le vote annuel de l'impôt et du budget, formation de deux grands partis homogènes les *Wights* et les *Tories*, haute culture politique de l'aristocratie anglaise, avènement d'une dynastie étrangère, dont le premier roi régnant Georges Ier, connaissant mal l'anglais, s'abstient d'assister aux délibérations de ses ministres qu'il ne pouvait suivre. Ce n'est qu'à la fin du XVIIIe siècle que la fonction du premier ministre apparait nettement dégagée.

C'est aussi seulement à la fin du XVIIIe siècle qu'apparaît la mise

ique effective de la responsabilité solidaire et politique du re. Sans doute, on trouve dans le courant du XVIIIe siècle s exemples de ministres se retirant individuellement à la un vote de la chambre des communes. Jusqu'à la fin du iècle, on considérait que la chambre des communes ne pouint imposer au roi le renvoi de ses ministres ni lui imposer x de tels ou tels ministres, et elle n'avait d'autre moyen ontre eux que la procédure de l'*impeachment*. C'est en in-t cette règle que Robert Walpole se défendit en 1741 de-chambre des communes. Une adresse avait été proposée t le roi à le congédier. Il déclara « qu'une adresse au mo-l'invitant à écarter un de ses serviteurs, sans alléguer con-aucun crime particulier, était un des plus grands empié-s qui eût jamais été commis sur les prérogatives de la ne ». Cependant la responsabilité politique et solidaire du allait bientôt s'imposer, et Robert Walpole n'y devait pas ranger. « La carrière de cet homme d'Etat, dit en effet d (édit. franç., I, p. 416), est remarquable parce qu'elle fournit personne le premier exemple de l'élévation au rang de r ministre de la couronne et de la perte subséquente de cette n, non par l'effet de la volonté personnelle du souverain, r l'influence du parti dominant à la chambre des commu-Enfin le premier ministère qui tomba tout entier devant un la chambre des communes est le ministère de lord North, 2. Sa chute fut le résultat de deux motions de blâme et de e successivement présentées à la chambre des communes. ote direct de défiance, dit M. Todd (*loc. cit.*, I, p. 417), été rejeté qu'à une majorité de neuf voix; une motion sem-allait être présentée de nouveau et la défaite du ministère ait inévitable. En conséquence, le 20 mars 1782... lord North rgé d'informer la chambre que son ministère allait prendre f lord Thirlom, qui resta *chancelier du roi*, le ministère fut elé en entier ». — Le régime parlementaire était fondé.

rance n'a véritablement pratiqué le régime parlementaire ndant le règne de Louis-Philippe, de 1830 à 1848. Fondée séparation des pouvoirs que ses auteurs avaient voulu faire goureuse que possible, la constitution de 1791 ne pouvait rer en France le régime parlementaire. L'art. 1 de la sec-du chapitre I du titre III donne au roi *seul* le choix et la ion des ministres; et l'art. 5 de la même section ne parle la responsabilité pénale des ministres. Sans doute la loi sur istère des 27 avril-29 mai 1791 contient un article 28 ainsi « Le corps législatif pourra présenter au roi telles déclara-u'il jugera convenables sur la conduite de ses ministres et lui déclarer qu'ils ont perdu la confiance de la nation ». Mais écision, outre qu'elle n'avait pas le caractère constitutionnel, quait point, dans la pensée de l'Assemblée, l'obligation légale

pour le roi de congédier ses ministres sur un vote du corps législatif. Ce qui le prouve, c'est que le 14 août 1791, au moment où l'Assemblée constituante est appelée à voter définitivement les articles constitutionnels relatifs aux ministres, un député, Saint-Martin, ayant demandé si le comité de revision avait pris en considération une proposition faite la veille et portant que « le corps législatif pourrait déclarer au roi que ses ministres ont perdu la confiance de la nation », Thouret, rapporteur du comité, répond : « Il nous a paru que c'était une disposition qui ne méritait pas d'être dans l'acte constitutionnel, car aux termes du décret le roi peut garder les ministres malgré la déclaration du corps législatif ; or nous ne croyons pas digne de la constitution d'y mettre de ces sortes de dispositions qui n'aboutissent à aucune exécution ». Devant cette réponse la motion est retirée et il est passé outre (*Archives parl.*, 1re série, XXIX, p. 434).

Le gouvernement établi en 1814 était une monarchie *limitée*, mais point une monarchie *parlementaire*. Ce qui est vrai seulement, c'est que par la force des choses, cette monarchie limitée allait se transformer progressivement en une monarchie parlementaire. Sans doute l'art. 54 de la Charte dispose « que les ministres peuvent être membres de la chambre des pairs ou de la chambre des députés, qu'ils ont leur entrée dans l'une et dans l'autre chambre, et qu'ils doivent être entendus quand ils le demandent », et d'après l'art. 50 « le roi convoque chaque année les deux chambres, les proroge et peut dissoudre celle des députés des départements ». Il y a là quelques-uns des traits du régime parlementaire. Mais la Charte n'établit que la responsabilité pénale des ministres ; elle ne contient pas la moindre allusion à une responsabilité politique et solidaire des ministres. Aux articles 55 et 56 on lit : « La chambre des députés a le droit d'accuser les ministres et de les traduire devant la chambre des pairs qui a seule le droit de les juger. Ils ne peuvent être accusés que pour fait de trahison ou de concussion... » Certainement il n'est jamais entré dans l'esprit de Louis XVIII et des rédacteurs de la Charte d'instituer un gouvernement parlementaire tel que nous l'avons défini, mais seulement de restaurer le pouvoir monarchique en le limitant par quelques concessions. Comme toujours les circonstances furent plus fortes que les hommes et dans le cadre tracé par le Charte de 1814, sous l'action des événements, un véritable régime parlementaire allait s'organiser.

Les influences extérieures qui favorisèrent cette transformation sont d'abord l'influence anglaise, dont on a souvent exagéré l'importance, mais qu'il ne faut certainement pas méconnaître, et en second lieu le retentissement de certains écrits politiques et particulièrement des publications de Benjamin Constant et de Chateaubriand. Dans ses *Réflexions sur la constitution et la distribution des pouvoirs* (1814), Benjamin Constant affirme l'inviolabilité du roi et la responsabilité des ministres, le droit de dissolution et le droit de sanction,

nsabilité des ministres devant s'étendre même à des faits naux, mais ne devant être jugée que par la chambre des r la dénonciation de la chambre des députés. Rapp. Benja-nstant, *Cours de politique constitutionnelle contenant les écrits politiques publiés de 1817 à 1820*. Le livre politi-eut le plus de retentissement est l'écrit célèbre de Cha-ud, *La Monarchie selon la Charte*, paru en 1816 au mo-la dissolution de la *chambre introuvable*. L'auteur y trace de maître les véritables règles du régime parlementaire, notamment : « Si on laisse passer cette grande phrase que istres ne doivent compte qu'au roi de leur administration, ndra bientôt par administration tout ce qu'on voudra ; des es incapables pourront perdre la France et les chambres es leurs esclaves tomberont dans l'avilissement... D'ailleurs mbres ne se mêleront jamais d'administration, ne feront de demandes inquiétantes..., si les ministres sont ce qu'ils être, c'est-à-dire maîtres des chambres par le *fond* et leurs rs par la forme. Quel moyen conduit à cet heureux résul-moyen le plus simple du monde ; le ministère doit disposer rité et marcher avec elle, sans cela point de gouvernement » rtie, chap. XV. *Œuvres complètes*, Paris, 1827, XXV, 38).

nement du ministère Martignac le 4 janvier 1828 marque le t où le régime parlementaire est devenu vraiment une réa-rès la dissolution de la chambre, faite le 5 novembre 1827, teurs, les 17 et 24 novembre, envoient à la chambre une é opposée au ministère Villèle qui avait fait la dissolution. quelques hésitations, il est vrai, Charles X constitue avec ac, à l'intérieur, un ministère homogène pris tout entier centre droit, le parti monarchiste libéral. Il se conformait regret sans doute, mais en réalité, aux règles du régime ntaire. On sait que le ministère Martignac est obligé de se le 8 août 1829, après l'échec du projet de loi relatif à l'élec-conseils administratifs locaux. « En fait, le régime parle-e était arrivé sous l'action de ce ministre à son expression e » (Bonnefon, *Le régime parlementaire sous la Restaura-* 272).

ègles du régime parlementaire eussent voulu que Charles X le nouveau ministère dans la majorité de la chambre. Pressé entourage, le roi nomma un ministère appartenant tout l'extrême droite avec pour chef le prince de Polignac. nent il ne violait pas la lettre de la Charte, qui lui donnait absolu de choisir ses ministres ; mais il allait directement a pratique du régime parlementaire. Ce fut l'occasion pour libéral d'exposer la vraie théorie du gouvernement parle-e. On remarqua surtout l'article publié par M. Thiers dans nier numéro du *National* (fondé le 3 janvier 1830). « Le

roi règne, y disait-il, et le pays se gouverne, voilà la Charte... Le roi n'administre pas, ne gouverne pas, il règne. Régner est quelque chose de fort élevé, de fort difficile à faire entendre à certains princes, mais que les rois anglais entendent à merveille ». Et il terminait ainsi : « Le roi règne, les ministres gouvernent, les chambres jugent. Dès que le mal gouverner commence, le roi ou les chambres renversent le ministère qui gouverne mal et les chambres offrent leur majorité comme liste de candidats ». C'était la pure théorie du régime parlementaire.

Faite par le parti libéral, la révolution de 1830 ne pouvait instituer qu'un gouvernement parlementaire. Et de fait, malgré quelques tentatives du roi Louis-Philippe voulant exercer une action personnelle dans le gouvernement, la période de 1830 à 1848 fut la période classique de la monarchie parlementaire en France. La cause de la révolution de 1848 ne fut point une opposition de la majorité de la chambre à la politique royale. Guizot eut toujours pendant son long ministère (1840-1848) une forte et fidèle majorité, repoussant toutes les propositions tendant à l'extension du droit de suffrage. La révolution de 1830 avait été faite au nom du régime parlementaire dont le roi Charles X avait violé les règles et avait eu pour résultat l'établissement d'une monarchie parlementaire. La révolution de 1848 fut faite contre une monarchie parlementaire au nom du suffrage populaire et eut pour résultat la disparition du régime parlementaire et l'établissement du suffrage universel.

Cons. Duvergier de Hauranne, *Histoire du gouvernement parlementaire*, grand ouvrage inachevé; Thureau-Dangin, *Histoire de la monarchie de juillet*, 1884-1892; Barthélemy, *Introduction du régime parlementaire en France*, 1904; Bonnefon, *Le régime parlementaire sous la Restauration*, 1905; Michon, *Le gouvernement parlementaire sous la Restauration*, 1905.

Les auteurs de la constitution de 1848 eurent-ils l'intention d'instituer une république parlementaire? A prendre les textes de la constitution elle-même, on peut en douter. D'une part, c'est par un même article que la constitution réglemente la responsabilité du président de la république et des ministres (art. 68); il n'est rien dit dans la constitution d'une responsabilité politique des ministres. D'autre part, il est spécifié que les ministres ont leur entrée dans le sein de l'assemblée, qu'ils y sont entendus toutes les fois qu'ils le demandent (art. 69) et que les actes du président de la république autres que ceux par lesquels il nomme et révoque les ministres n'ont d'effet que s'ils sont contresignés par un ministre (art. 67), dispositions qui semblent impliquer la responsabilité politique des ministres. Mais la constitution de 1848 ne donnait point au président de la république le droit de dissoudre l'assemblée, droit qui est la contre-partie nécessaire de la responsabité politique des ministres. Bref la constitution était mal venue. Inspirée surtout par le faux principe de la séparation des pouvoirs, elle instituait un

qui était, sans l'être, le régime parlementaire ; elle rendait les des conflits entre la chambre et le président, sans orga-s moyens légaux pour les résoudre et préparait ainsi le Etat.

it de l'évolution libérale commencée en 1860, porté pour satisfaction aux revendications du parti libéral, le sénatus-du 21 mai 1870 organise incontestablement l'empire parle-e, bien que l'expression de responsabilité politique n'y soit loyée. Mais les conditions dans lesquelles fut fait le séna-sulte ne peuvent laisser de doute ; et on lit aux articles 19 L'empereur nomme et révoque les ministres. Les minis-ibèrent en conseil sous la présidence de l'empereur. *Ils sont ables.* Les ministres peuvent être membres du sénat et s législatif. Ils ont entrée dans l'une et l'autre assemblées et être entendus toutes les fois qu'ils le demandent ». Il ne sub-u régime plébiscitaire que la disposition déjà expliquée de . Cf. Berton, *L'évolution constitutionnelle du second em-*00.

Le régime parlementaire et la constitution 75. — La majorité de l'Assemblée nationale, en ne pouvant faire la monarchie parlementaire, lu faire une république sur ce modèle. Dans e de nos constitutions les règles du régime par-taire n'ont été aussi nettement formulées, quoi-'une manière très concise, que dans nos lois de L'idée maîtresse du régime parlementaire les pirées : égalité et équilibre des organes supé-de l'Etat, le parlement et le gouvernement, réciproque de ces organes l'un sur l'autre. és par l'exemple de 1848, les auteurs de la cons-on de 1875 n'ont pas voulu que le président fût ort et l'ont fait élire, non plus par le suffrage universel, mais par un congrès formé des deux bres (L. 25 février 1875, art. 2). Mais le prési-le 1875 est néanmoins véritablement un repré-nt (cf. *supra*, § 59) ; il a le droit d'initiative et le de *veto* suspensif en matière législative (L. rier 1875, art. 3, § 1, et L. 16 juillet 1875, , § 2) ; il a le droit de dissoudre la chambre éputés avec le concours du sénat (L. 25 février art. 5). Le parlement n'est point permanent, et

sauf son droit de se réunir chaque année en session ordinaire de cinq mois, le président de la république convoque, ajourne les chambres et prononce la clôture de leur session. Enfin le principe de la responsabilité politique et solidaire des ministres devant les chambres et le principe de l'irresponsabilité politique du chef de l'Etat sont expressément consacrés par l'art. 6 de la loi du 25 février 1875. C'est même le premier texte constitutionnel français qui parle expressément de la responsabilité *politique* et *solidaire* des ministres.

Et cependant, malgré ces dispositions si précises, la France ne pratique certainement pas le système parlementaire. La prépondérance politique appartient exclusivement au parlement et dans le parlement à la chambre des députés. Le président de la république n'est plus, en fait, considéré comme un organe représentatif de la volonté nationale, l'égal du parlement, mais comme un simple agent exécutif, un simple commis du parlement. Le droit de dissolution, le droit de *veto* sont devenus lettre morte et depuis 1877 pas un président de la république n'a osé parler d'exercer ces droits. Enfin, la règle de l'irresponsabilité politique du chef de l'Etat a été souvent violée puisque, des six présidents qui se sont succédé au pouvoir depuis 1875, trois, le maréchal de Mac-Mahon, M. Grévy et M. Casimir-Perier ont été obligés de se retirer avant l'expiration légale de leur mandat. Ainsi, sans être expressément violée, la constitution de 1875 est déformée : elle établissait un régime parlementaire; nous vivons sous une sorte de régime oligarchique où la toute puissance appartient à un groupe de politiciens qui ne représentent même pas la majorité numérique du corps électoral (cf. § 57).

Quelles sont les causes de cet état de choses ? Elles sont multiples et diverses. Pour beaucoup de bons esprits, le régime parlementaire est en soi et par nature incompatible avec la démocratie. Né dans l'Angleterre aristocratique, ce système si ingénieux et si savant suppose un corps électoral très restreint, avec des partis

it organisés, agissant dans le pays, préparant les élections,
ivant dans le parlement et se succédant alternativement au
suivant que l'un ou l'autre obtient la majorité aux élections
s. En France, pendant la Restauration et le Gouvernement
t, avec un chef d'Etat héréditaire et un corps électoral
, le régime parlementaire a pu fonctionner dans des condi-
tivement normales. Mais cela, dit-on, est impossible avec
ge universel; l'organisation des partis dans une démocra-
ı rêve; d'autre part, une assemblée élue au suffrage uni-
considèrera toujours comme omnipotente et tendra fatale-
nnihiler les autres pouvoirs.

certainement, dans cette observation, une grande part de
cependant elle ne nous paraît pas concluante. Le suffrage
l, tel qu'il se pratique en France actuellement, n'est ni
ni organisé; mais il n'est point établi qu'il ne puisse pas
ı a montré au § 57 que les idées de représentation propor-
et de représentation professionnelle ont fait beaucoup de
ces derniers temps; et rien ne prouve que, si l'on arrivait à
r à une représentation diffuse des individus une représen-
ganique des groupes et des partis, le parlement ne pût être
d'un régime parlementaire fonctionnant normalement.

e régime parlementaire ne peut exister que si à côté du
nt, issu d'un suffrage universel organisé, existe un chef
ersonnifiant le gouvernement et véritablement fort parce
résente une force sociale réelle. Or il n'en est point ainsi
dent de la constitution de 1875. Son pouvoir ne repose sur
ément social susceptible de lui assurer une autorité politi-
ı par les chambres, il ne sera forcément en fait qu'un
du parlement. On aura beau dire qu'en droit il est chef
eprésentant de la volonté nationale, participant à toutes les
s de l'Etat, agissant sur le parlement. Ce n'est là qu'une
en fait il est sans pouvoir. Elu par les chambres, le prési-
la république, quel que soit son bon vouloir, quelle que
énergie, est nécessairement dépendant des chambres et
npossibilité absolue d'exercer contre elles les pouvoirs que
tution lui attribue; et il arrivera toujours un moment où le
ıt peut rendre au chef d'Etat la situation intenable. Dans
le paru dans *Le Figaro* du 16 février 1895, M. Wallon,
ıt nommé le « père de la constitution de 1875 », répondait
n article de M. Melchior de Vogué, paru dans le même
« Cette prétendue impuissance du président de la répu-
'est point la vérité constitutionnelle; le président a le pou-
convoquer et d'ajourner le parlement, de dissoudre la
des députés, d'exercer un véritable *veto* suspensif. Il n'y a
int à reviser la constitution; il suffit que le président ait la
de pratiquer enfin la constitution dans son esprit comme
lettre ». M. Wallon se trompait. Le président a beau vou-

loir exercer les prérogatives que la constitution lui confère, il n'en a pas matériellement le pouvoir. Son impuissance n'est pas sans doute la « vérité constitutionnelle »; mais elle est la vérité de fait. Cette impuissance du président de la république a été reconnue par un haut personnage, bien placé pour connaître la vérité à cet égard, M. Casimir-Perier, ancien président de la république, de juin 1894 à janvier 1895. Dans une lettre adressée au journal *Le Temps* et publiée dans le n° du 12 février 1905, M. Casimir-Perier écrivait : « Il semble, au premier abord, que la constitution de 1875 attribue au chef de l'Etat à peu près tous les pouvoirs que lui donnait la constitution de 1848. Quelle erreur! Le président de 1848 était tout puissant. Le président, tel que l'a voulu l'Assemblée nationale, est réduit à l'impuissance... Parmi tous les pouvoirs qui lui semblent attribués, il n'en est qu'un que le président de la république puisse exercer librement et personnellement : c'est la présidence des solennités nationales ».

N'y aurait-il pas un moyen de remédier à cette impuissance du président de la république, sans toutefois le faire élire, comme en 1848, par le suffrage universel et direct, car alors le remède serait pire que le mal, l'élection du chef de l'Etat par le suffrage universel étant la porte ouverte au césarisme? Quelques bons esprits estiment que le régime parlementaire pourrait fonctionner normalement si l'on élargissait le collège électoral qui nomme le président, par exemple si l'on donnait l'électorat présidentiel soit à tous les conseillers généraux, soit à un certain nombre de délégués des conseils généraux. V. en ce sens Paul Lafitte, *Le suffrage universel et le régime parlementaire*, 1888, p. 131. Nous croyons en effet que le président de la république étant élu par un corps électoral plus étendu pourrait plus aisément exercer les prérogatives à lui conférées par la constitution et, par conséquent, jouer auprès du parlement le rôle de modérateur qui lui appartient dans la vérité du régime parlementaire. L'expérience mériterait d'être tentée.

Cependant M. Moreau, dans son livre *Pour le régime parlementaire*, 1903, p. 117 et suiv., estime que l'élection du président de la république par les chambres, suivant le système de 1875, est l'idéal; il en donne surtout des raisons théoriques. Répondant à l'objection d'après laquelle le président de la république étant l'élu des chambres sera sans autorité à leur égard, il déclare que « cette objection est d'une psychologie amère et puérile, qu'elle implique la subordination fatale de l'élu envers l'électeur, que la conséquence trop souvent vérifiée par les faits n'est pas imposée par la théorie... ». C'est possible; mais il suffit que cette conséquence soit vérifiée par les faits pour qu'on essaie de l'écarter en changeant le mode d'élection du chef de l'Etat. M. Moreau, à plusieurs reprises, dit que les institutions sont bonnes, mais que si le régime parlementaire est faussé, cela tient à la timidité, à la faiblesse des présidents qui se sont succédé au pouvoir. C'est encore possible; mais

uve précisément que les institutions sont mauvaises, puis-
puis trente-un ans, elles ne nous donnent que des présidents
ce et sans courage. Les institutions politiques ne sont-elles
s pour protéger les hommes contre leur propre faiblesse,
ouvernés contre la faiblesse des gouvernants ?
ension du corps électoral élisant le président de la répu-
onnerait-elle sûrement à cet organe le pouvoir qui doit lui
ir pour qu'on ait vraiment un régime parlementaire ? Il
méraire de l'affirmer. Nous nous demandons même si le
t de la république, dans notre état social actuel, pourra
ais autre chose qu'un symbole, une institution décorative,
au peuple de France, resté amoureux des pompes monar-
Le nombre et les groupements professionnels sont les deux
forces de la démocratie moderne. Ce sont ces deux forces
t organiser de manière qu'elles se pondèrent réciproque-
'est ainsi seulement que l'on donnera au pays une consti-
ositive harmonique à son état social.
, outre l'ouvrage déjà cité de M. Moreau, *Pour le régime
ntaire*, 1903, Micelli, *Revue du droit public*, 1895, II, p. 41 ;
Le régime parlementaire en France sous la troisième Répu-
thèse Paris, 1905. — Cf. Duguit, *L'Etat, les gouvernants*,
324 et suiv.

C. *Les agents de l'Etat* [1].

**De la distinction des agents fonctionnaires
agents employés.** — Par agents, nous enten-
ous les individus et tous les groupes d'individus
llaborent à l'exercice de l'activité étatique, sans
e caractère de représentants. Ces derniers expri-
a volonté même de l'Etat. Les agents ne repré-
t pas l'Etat ; ils n'expriment pas sa volonté ; ils
ment leur propre volonté ; mais cette volonté pro-
ertains effets de droit public quand elle est
née dans les limites et suivant les formes fixées
loi. Les agents font des actes juridiques d'auto-
de gestion, mais souvent aussi ils ne font que

défaut de place nous a forcé de traiter succinctement cette
e la théorie générale de l'Etat. Elle soulève au reste des
s dont beaucoup sont étudiées en général dans les livres de
ministratif.

des opérations matérielles. Ces opérations matérielles doivent être, elles aussi, faites conformément à la loi, faute de quoi elles peuvent entraîner la responsabilité de l'Etat pour lequel elles sont faites ou de l'agent par lequel elles sont faites.

Le nombre des agents de l'Etat moderne est considérable. Suivant la statistique générale officielle des professions faite d'après le recensement de 1901 (*J. off.*, 8 janvier 1906), le nombre des agents, non compris l'armée, rétribués sur le budget de l'Etat, des départements et des communes est de 747.000. Il n'était en 1896 que de 665.000. Il a donc augmenté de 82.000 en cinq ans, ou de 16.000 par an. Cette augmentation n'est point spéciale à la France. A un degré moindre sans doute, elle se retrouve dans tous les pays modernes. Elle est en effet la conséquence nécessaire de l'accroissement continuel des fonctions de l'Etat, des missions que l'on considère comme s'imposant obligatoirement à l'Etat.

Devant ce nombre considérable d'agents publics, une question se pose impérieusement. Tous ces agents ont-ils le caractère de *fonctionnaires* proprement dits? Ou au contraire ne faut-il pas faire une distinction entre deux grandes catégories d'agents, les uns qui seraient des fonctionnaires, et les autres qui seraient de simples employés, une distinction entre les agents fonctionnaires et les agents employés? Tout le monde reconnaît qu'il y a parmi les nombreux agents publics une distinction à faire; mais le plus grand désaccord règne sur le principe de cette distinction et sur les conséquences qu'on doit y rattacher.

A notre avis, il y a des intérêts multiples et de premier ordre à faire la distinction des agents employés et des agents fonctionnaires; et il est d'autant plus important actuellement de préciser la véritable portée de cette distinction qu'à la faveur d'une doctrine erronée un grand nombre de fonctionnaires revendiquent des droits qui ne leur appartiennent certainement pas, notamment le droit de syndicat et le droit de grève, mettant ainsi en péril le fonctionnement des services publics et l'autorité même de l'Etat.

D'abord, l'intérêt de la distinction entre le fonctionnaire et l'employé se présente à propos des articles 31 et 35 de la loi sur la presse

et 1881, qui. pour la diffamation envers les fonctionnaires, peine spéciale, établissent la compétence de la cour d'as- utorisent la preuve du fait diffamatoire. Pour la jurispru- ce texte, cf. Dalloz, *Suppl.*, et Garçon, *Code pénal annoté*, 527. — L'art. 224 du code pénal, qui frappe de la peine de nnement et de l'amende l'outrage fait par paroles, gestes ou à tout officier ministériel ou agent dépositaire de la force et à tout citoyen *chargé d'un ministère* de service public, rcice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, ne certainement pas à l'outrage fait à des agents simplement . Cet article ne s'applique certainement pas même à tous nnaires et il s'applique même à des citoyens qui ne sont fonctionnaires. Placé sous la rubrique : *Outrages et vio- ve s les dépositaires de l'autorité et de la force publique*, lique que lorsque l'outrage envers le citoyen constitue en nps un manquement envers l'autorité publique. *Sic* Gar- *it pénal*, 2e édit., IV, p. 239, et arrêt cour cass., chambre ire Belloche, demoiselles du téléphone, 18 février 1905, *droit public*, 1905, p. 363. — Cf. *infra*, § 64.

l'intérêt principal et particulièrement actuel tif au droit de syndicat et au droit de grève. nts fonctionnaires ne peuvent certainement pas iquer et ne peuvent pas se mettre en grève. Il s au contraire de raison pour refuser les droits licat et de grève aux simples employés de Cf. pour plus de développements le § 64.

tous les différends nés entre l'Etat et ses fonc- res sont de la compétence des tribunaux admi- fs ; au contraire, les procès nés entre l'Etat et loyés sont de la compétence des tribunaux ju- s. Cf. Laferrière, *Juridiction et contentieux*, I, p. 618.

t tirer argument *a contrario* de la loi du 21 mars 1905 t aux tribunaux ordinaires le jugement des difficultés qui s'élever entre l'administration des chemins de fer de es employés.

ient de noter que les dispositions des lois des 9 avril 1898, 905 et 12 avril 1906, sur les accidents du travail, s'appliquent ts de l'Etat sans qu'il y ait lieu de distinguer à cet égard onnaires et les employés, sauf aux ouvriers de la marine uerre, exceptés par l'art. 32 de la loi de 1898. Cf. cons. 3 nov. 1904, *Rec.*, p. 721 ; Pic, *Législation industrielle*, 1905, p. 791.

Quant au criterium de la distinction des fonctionnaires et des employés, nous croyons qu'on ne peut pas le déterminer d'une manière fixe, immuable ; il est en voie d'évolution constante, et c'est à la jurisprudence, au gouvernement et au jurisconsulte à en faire une application d'après l'état de choses existant dans le pays, les conceptions économiques dominantes au moment présent. Il se rattache à la notion d'un certain nombre de missions considérées comme juridiquement obligatoires pour l'Etat à un moment donné et à la notion de service public qui en découle.

Il y a service public quand les trois éléments suivants sont réunis : une mission considérée comme obligatoire à un moment donné pour l'Etat ; un certain nombre d'agents hiérarchisés ou disciplinés institués pour accomplir cette mission ; et enfin une certaine quantité de richesse affectée à la réalisation de cette mission. On voit par là que la notion de fonctionnaire est intimement liée à celle de service public. Sont fonctionnaires les agents hiérarchisés ou disciplinés (nous voulons dire soumis aux règles d'une hiérarchie ou d'une discipline spéciale) qui sont associés d'une manière permanente et normale au fonctionnement d'un service public, et c'est de là que vient précisément leur nom de fonctionnaires. Autre définition qui est identique à la précédente. Les fonctionnaires proprement dits sont tous les agents qui sont associés d'une manière permanente et normale à l'accomplissement d'une mission considérée comme obligatoire pour l'Etat à un moment donné ; or, ce qui fait qu'une certaine mission à remplir peut servir de support à un service public, c'est précisément qu'elle est considérée à un moment donné comme obligatoire pour l'Etat.

Ce criterium, nous le reconnaissons volontiers, ne nous permet d'établir qu'une distinction tout à fait évolutive ; mais c'est ce caractère évolutif qui nous donne à croire qu'elle est exacte. Il nous paraît logique que ce qui fait que l'agent considéré n'est pas un

ordinaire, quelle que soit la besogne qu'il isse, ce soit justement qu'il coopère à l'accom- nt d'une mission qui, à un moment donné, idérée comme d'une importance telle pour la ité qu'il y a *obligation* juridique pour l'Etat r la réalisation de cette mission. Qu'on ne dise ce criterium est inadmissible parce qu'on ne point et qu'on ne s'entendra jamais sur les ns qui s'imposent à l'Etat et que d'autre part as certain qu'il y ait une mission quelconque pose obligatoirement à l'Etat. L'objection ne s sérieuse. Que les jurisconsultes et les éco- s discutent à perdre haleine le point de savoir sont les fonctions obligatoires de l'Etat, cela he pas qu'il y ait des choses que l'Etat est cer- nt obligé de faire. Nous avons déjà insisté sur (§ 14), et nous y reviendrons au § 93. Personne nple ne conteste que l'Etat soit obligé juridi- t d'assurer la sécurité intérieure et extérieure , de rendre la justice. Il est hors de doute que agents qui sont associés d'une manière per- e et normale à l'accomplissement de ces fonc- ligatoires et primordiales de l'Etat sont des naires, et que pour eux il ne saurait être n du droit de syndicat et du droit de grève.

jours, le domaine de l'action étatique s'est largement est arrivé à considérer comme entrant d'une manière cer- s la mission obligatoire de l'Etat des attributions qu'autre- e lui imposait point. Nul n'oserait par exemple prétendre ui que l'enseignement, l'assistance publique et l'hygiène ne constituent pas des charges obligatoires pour l'Etat. en conclure que tous les agents associés d'une manière et permanente au fonctionnement de ces services sont nent des fonctionnaires. L'enseignement public est au pre- f une mission obligatoire de l'Etat. L'Etat impose à cha- gation d'un minimum d'instruction (L. 28 mars 1882) ; il a par là même l'engagement d'assurer à chacun la possibi- uérir gratuitement ce minimum d'instruction, et tous s qui participent au service de l'enseignement primaire nt à un service public si jamais il en fut et sont au premier fonctionnaires. Malgré leurs bruyantes réclamations, nous

leur refusons sans hésiter le droit de grève et le droit syndical, et nous approuvons entièrement les déclarations en ce sens faites à la chambre des députés et au sénat par plusieurs ministres.

Dans les Etats modernes le service des postes et des télégraphes est considéré comme étant au premier chef un service obligatoire. Il est devenu un service international. L'Etat qui adhère à l'union postale universelle et aux diverses conventions télégraphiques prend l'engagement positif d'assurer chez lui le fonctionnement de ce service. Mais même en dehors de cette obligation positive, on ne saurait contester que le service postal et télégraphique soit aujourd'hui, dans les conditions économiques actuelles, une charge obligatoire de l'Etat. La nature et l'étendue des obligations de l'Etat n'est pas fixée une fois pour toutes en vertu de principes immuables, mais varie incessamment sous l'action puissante des faits. Tous les agents et sous-agents des postes, télégraphes et téléphones, participant d'une manière permanente à l'accomplissement de ce service, sont des fonctionnaires, sans qu'il y ait à démontrer d'une manière plus ou moins subtile qu'ils font parfois des actes d'autorité ; ils ne peuvent ni se syndiquer, ni faire grève ; et nous approuvons, sans réserve, sinon tous les motifs, du moins les conclusions de la *Note* du ministère du commerce du 7 septembre 1905 à l'association générale des sous-agents des postes et télégraphes (*Revue du droit public*, 1905, p. 859).

Il y a au contraire certains services que remplit l'Etat et qui certainement ne constituent pas des services publics. L'Etat les remplit, soit pour se conformer à d'anciens usages, à des traditions respectables, soit pour assurer le maintien d'une industrie artistique où la France a une réputation mondiale, qu'il y a un intérêt tout au moins moral à conserver. Nous faisons allusion par exemple aux manufactures de porcelaines de Sèvres, de tapisseries des Gobelins et de Beauvais. Il n'y a certainement pas là des services publics ; et les ouvriers de Sèvres, des Gobelins et de Beauvais ne sont certainement pas des fonctionnaires ; ils ont tous les droits appartenant aux ouvriers de l'industrie privée, le droit de syndicat et le droit de grève.

Mais il y a certaines besognes dont l'Etat assure actuellement l'accomplissement, et desquelles on peut encore justement se demander, en France tout au moins, s'il y a là l'accomplissement d'une mission obligatoire pour l'Etat ou non. L'exemple le plus frappant est assurément l'exploitation des chemins de fer. Dans beaucoup de pays européens l'exploitation des chemins de fer est considérée comme une des missions essentielles de l'Etat. Il en est ainsi par exemple, depuis longtemps déjà, en Allemagne et en Belgique, depuis quelques années en Suisse, depuis un an en Italie. En Angleterre et en Amérique, la construction et l'exploitation des chemins de fer sont considérées comme choses entièrement privées. En France, l'exploitation est confiée à des compa-

ivées, et le rôle reconnu comme obligatoire certainement
tat français est un rôle de contrôle et de surveillance. Mais
l'Etat exploite directement un certain réseau : est-ce là un
public? On a pu très légitimement se le demander. Nous
s vers la négative. Cette opinion a été confirmée par la loi
ars 1905, qui donne aux tribunaux judiciaires le jugement
cès nés entre l'Etat et ses employés de chemins de fer.
en entendu, il n'y a pas là une solution fixe, immuable ; elle
suivant l'évolution économique de notre pays. Déjà le
894 la chambre des députés avait voté un ordre du jour
i entraina la chute du ministère Casimir-Perier) par lequel,
lus particulièrement les employés des chemins de fer de
lle déclarait que la loi du 21 mars 1884 s'appliquait aux
, employés des exploitations de l'Etat aussi bien qu'à ceux
stries privées. Les employés des chemins de fer de l'Etat ne
c pas dans notre droit actuel des fonctionnaires.

estion peut être délicate pour les agents de l'Etat employés
s manufactures où se fabriquent des produits monopolisés
at, comme les manufactures de tabacs, d'allumettes, de
et salpêtres. Elle est encore plus délicate pour les agents
s dans les arsenaux de l'Etat. Depuis longtemps l'adminis-
se conformant à l'ordre du jour précité, voté par la chambre
(22 mai), a autorisé les syndicats des ouvriers des manu-
de tabacs, des fabriques d'allumettes, des ouvriers employés
struction et à l'entretien des lignes télégraphiques et télé-
es, des employés, commissionnés ou non, des poudres et
. Par une circulaire adressée, au mois de mars 1901, au
r des ateliers militaires, le général André, ministre de la
reconnait expressément la légalité des syndicats formés
ouvriers des ateliers militaires et proclame aussi les ser-
'ils ont rendus. M. Pelletan, ministre de la marine, dans
ulaire du 25 octobre 1902, adressée aux préfets maritimes
irecteurs des établissements hors des ports, affirme le droit
cat pour le personnel civil des services de l'Etat et invite
ionnaires à entrer en relation avec ces syndicats.

croyons que le droit de syndicat ne peut être reconnu ni
riers des manufactures où se fabriquent des produits
isés par l'Etat, ni aux ouvriers des ateliers militaires et arse-
ritimes. La raison qui nous décide est toujours la même :
de véritables fonctionnaires parce que ce sont des agents
és par l'Etat pour assurer le fonctionnement de services
et de services publics importants entre tous, puisque l'exis-
ême de la nation dépend du bon fonctionnement de l'un
e services dont l'un est destiné à procurer à l'Etat les
es financières dont il ne peut pas se passer et dont l'autre
né à garantir la sécurité extérieure du pays.

ésumé, trois idées sont absolument connexes ; et

leur énoncé forme la conclusion de ce paragraphe : 1° Il y a service public toutes les fois que des agents hiérarchisés et disciplinés sont chargés d'une manière permanente et normale d'assurer l'accomplissement d'une fonction considérée à un moment donné comme obligatoire pour l'Etat ; — 2° Tous les agents associés d'une manière permanente et normale à un service public sont des fonctionnaires proprement dits ; — 3° Les fonctionnaires ne peuvent ni se syndiquer ni faire grève. Tous les agents de l'Etat qui n'ont pas le caractère de fonctionnaires ainsi compris sont de simples employés et peuvent se syndiquer et faire grève.

Dans l'état actuel de la législation, les droits de syndicat et de grève n'existent pas pour les fonctionnaires. Et nous pensons que la loi qui reconnaîtrait ces droits aux fonctionnaires serait une loi néfaste. Les gouvernants en effet ont une mission obligatoire à laquelle ils ne peuvent se soustraire ; pour la remplir, ils instituent des fonctionnaires ; comme cette mission est obligatoire, il faut que les fonctionnaires institués par eux ne puissent ni faire grève ni se syndiquer.

64. D'une prétendue distinction entre les fonctionnaires d'autorité et les fonctionnaires de gestion. — La doctrine qui vient d'être exposée est repoussée par des jurisconsultes éminents comme n'ayant pas de valeur juridique. On dit qu'il n'y a point à déterminer cette notion de fonctionnaires, qui est comprise de soi, que toutes les définitions qu'on a voulu en donner sont inacceptables, qu'il suffit de prendre cette expression de fonctionnaire « dans le sens courant et sans limites bien nettes que tout le monde lui donne et non dans une acception scientifique dont la justification ne peut se trouver ni dans les textes, ni dans les principes de droit » (Berthélemy, *Droit administratif*, 4e édit., 1906, p. 46).

Cela posé, on déclare qu'il faut seulement distinguer les fonctionnaires d'*autorité* et les fonctionnaires de *gestion*. Les fonctionnaires d'autorité sont tous ceux qui participent à l'exercice de la puissance publique, et les fonctionnaires de gestion sont tous ceux qui ne prennent aucune part à l'exercice de la puissance publique, soit qu'ils ne fassent que des opérations matérielles, soit qu'ils fassent des actes juridiques, mais qui n'ont point le caractère

'autorité. Voilà, dit-on, la seule distinction juridique qu'on ire. Les fonctionnaires de gestion sont unis à l'Etat par it de louage de services, et se trouvent vis-à-vis de l'Etat ituation d'un travailleur privé vis-à-vis de son patron. Par ent logiquement les fonctionnaires de gestion peuvent se r, dans les termes de la loi du 21 avril 1884; ils peuvent ve, les art. 123 et 126 du code pénal ne leur sont point es; et d'autre part on ne peut point invoquer à leur profit même code.

ateur de cette doctrine, qui a aujourd'hui un grand crédit, vant professeur de droit administratif à la faculté de droit , notre ami et collègue M. Berthélemy. Il l'exposait déjà première édition publiée en 1901; il l'expose, sensiblement mêmes termes, dans sa quatrième édition parue en 1906, suiv. D'après lui, est sans valeur juridique la distinction voulu établir entre les fonctionnaires et les employés... ons d'autorité et fonctions de gestion, voilà, dit-il, la dis- grâce à laquelle il devient simple de définir la nature des s publiques... Quelle différence y a-t-il entre un employé nins de fer de l'Etat et un employé d'un chemin de fer con- ucune... Quelle différence y a-t-il entre les ingénieurs ciété privé de téléphones) et ceux qui pour l'Etat font hui le même service? Aucune. Quelle différence y a-t-il professeur de lycée et le professeur d'enseignement libre? ..» Dès lors, dit M. Berthélemy, toutes les lois ouvrières, euvent pas s'appliquer aux fonctionnaires d'autorité, s'ap- nt aux fonctionnaires de gestion, lesquels pourront faire se syndiquer, à la condition toutefois que les fonctions ercent ressemblent à des métiers jouissant de la liberté , conformément à la loi du 21 mars 1884, par exemple les les ouvriers des arsenaux, mais point les instituteurs, qui nt pas un métier dans le sens de la loi de 1884. A cet égard, hélemy fait observer que le code pénal cadre parfaitement héorie, parce que l'art. 123 ne punit que les coalitions ividus du corps dépositaire de quelque partie de l'autorité . Notre savant collègue oublie l'art. 126 qui punit *tous ionnaires publics* sans distinction, qui auront par délibé- rêté de donner des démissions dont l'objet ou l'effet serait ner ou de suspendre... l'*accomplissement d'un service quel-* Cf. Berthélemy, *Les syndicats de fonctionnaires*, *Revue* , 15 février 1906, et dans le même sens, Bourguin, *De tion des lois ouvrières aux ouvriers et employés de l'Etat*, ézard, *Théorie juridique de la fonction publique*, 1901, p. 460 et suiv.; *id.*, *La situation juridique des employés , des départements et des communes*, *Revue générale stration*, 1904, III, p. 144 et 260. M. Barthou, dans le 'ait au nom de la commission du travail de la précédente

législature (*J. off., doc. parl.*, chambre, 1903, sess. extraord., p. 77), aboutit sensiblement aux mêmes conclusions. Mais dans son article, *Revue de Paris*, 1er mars 1906, le distingué ministre des travaux publics semble faire quelques réserves aux conclusions de son rapport. Rap. le discours de M. Barthou à Bordeaux, 4 février 1906 (*Petite Gironde*, 5 février 1906).

Nous repoussons énergiquement cette distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion et les conséquences qu'on y rattache. Logiquement et juridiquement cette distinction est inadmissible. Nous croyons en effet avoir établi (§ 43) qu'il ne pouvait exister entre les actes d'autorité et les actes de gestion que cette différence : les uns sont des actes unilatéraux et les autres des actes contractuels. Pour qu'il existât une différence juridique entre l'agent de gestion et l'agent d'autorité, il faudrait démontrer que la volonté de l'agent qui fait un contrat est une volonté qui n'a pas la même nature que celle de l'agent qui fait un acte unilatéral. Or il est d'évidence que dans les deux cas la volonté est de même essence, que l'effet de droit a toujours la même cause, à savoir une manifestation de la volonté d'un individu humain, agissant au nom de l'Etat dans les limites fixées par la loi. La distinction des agents de gestion et des agents d'autorité est donc sans raison.

En vérité, nous admirons la tranquillité avec laquelle M. Berthélemy, M. Bourguin écrivent : « Il n'y a point de différence entre les ouvriers, les employés de l'industrie privée et ceux de l'Etat; il n'y a point de différence entre un professeur libre et un professeur de l'Etat ». Il y a cette différence capitale que l'un est professeur libre, l'autre professeur de l'Etat, que les uns sont les employés ou les ouvriers d'un simple particulier, et les autres les ouvriers et les employés de l'Etat, c'est-à-dire que les professeurs de l'Etat, que ses ouvriers et employés collaborent à un service dont l'accomplissement est considéré comme indispensable à la vie même de l'Etat, à sa vie morale, intellectuelle, économique, à sa sécurité matérielle. Voilà pourquoi nous ne pouvons permettre à tous ceux qui collaborent à ces services publics, à tous ceux dont l'activité est nécessaire pour le fonctionnement de ces services de faire grève, et pas davantage de constituer un syndicat professionnel, qui est l'instrument par excellence de préparation des grèves.

Les conséquences résultant logiquement de la distinction des agents de gestion et des agents d'autorité seraient mortelles pour l'Etat. Ce n'est pas seulement aux instituteurs, aux employés des postes, télégraphes et téléphones, aux ouvriers des manufactures, des ateliers militaires et arsenaux, qu'il faudrait reconnaître le droit de syndicat, de coalition et de grève, mais c'est à l'immense majorité des fonctionnaires de l'Etat, car l'immense majorité ne fait point d'actes d'autorité, ne fait que des actes de gestion proprement dits ou de simples opérations matérielles. Ce sont d'abord tous les em-

des ministères, sauf peut-être quelques directeurs, et encore pas bien sûr que même les directeurs des régies financières, t des nominations, fassent des actes d'autorité puisqu'il n'est que la nomination d'un fonctionnaire soit un acte d'autorité. nbre des employés des ministères s'élève à 10.000 environ. onc un syndicat possible de 10.000 fonctionnaires de l'Etat, t légalement déclarer la grève, et pouvant arrêter par là le nnement de tous les services centraux. Tous les fonction- des administrations financières, à l'exception de certains des contributions indirectes et des directeurs des contribu- irectes et d'enregistrement, qui peuvent délivrer certains xécutoires, ne sont point des fonctionnaires d'autorité ; ils que des opérations matérielles; ils font rentrer les sommes l'Etat ; ils ne font pas d'actes juridiques, ils n'exercent eux- aucun acte de contrainte. Qu'on imagine la situation du tous les fonctionnaires financiers se mettaient en grève, et chef les caisses de l'Etat se trouvaient vides !

'est pas tout : la formule proposée conduit logiquement à ître légalement le droit de syndicat et de grève aux mem- l'armée et aux soldats. On dit que les soldats ne sont pas des naires. Sans doute; mais on ne peut nier qu'ils soient des és de l'Etat ; beaucoup signent un contrat avec l'Etat, un d'engagement qui est un véritable contrat de travail; le plus ombre fournissent le service militaire en vertu d'une obli- que leur impose la loi; cela ne change pas leur caractère. Ils ent à l'Etat certaine prestation ; ils reçoivent un salaire ; nt point d'acte de puissance publique, mais simplement des ns matérielles, qui consistent à faire l'exercice, à faire des vres, et, le cas échéant, à se battre contre l'ennemi de l'in- et de l'extérieur. Ils font un métier. A la rigueur, on peut e les officiers ont une portion de puissance publique ayant oir disciplinaire; mais les simples soldats ne sont que des és de l'Etat, sans aucune parcelle de puissance publique ; ils donc se syndiquer et faire grève !

ouvement, dont on ne peut certainement méconnaître la pro- et l'étendue, s'est produit dans le monde des fonctionnaires . Depuis 1901 déjà existent des syndicats des ouvriers des x. Les sociétés amicales d'instituteurs tendent à se transfor- syndicats professionnels. Le 29 janvier 1906, une réunion Paris salle Saint-Paul, et comprenant 3.000 fonctionnaires, t le parlement de lui accorder le droit syndical. Au mois clatait à Paris une grève des facteurs, au reste énergique- primée par le ministre des travaux publics, des postes et té- es.

uvernement ne pouvait rester indifférent. Il paraît vouloir lans une voie transactionnelle. Par décret du 21 mai 1906 22 mai 1906), a été instituée une commission « chargée

d'élaborer un projet de loi tendant à accorder aux associations formées entre fonctionnaires ou agents de l'Etat et des administrations publiques certains des droits conférés par la loi du 21 mars 1884 aux syndicats professionnels ». Dans le rapport signé de M. Sarrien, président du conseil, garde des sceaux, et qui précède le décret, il est dit : « qu'il paraît impossible de reconnaître aux agents de l'Etat le droit de recourir, pour la défense de leurs intérêts particuliers, à la grève, qui ne peut se concilier avec le fonctionnement normal et régulier des services publics dont ils ont volontairement assumé la responsabilité en échange d'avantages incontestables ». — En un mot, l'intention du gouvernement est de faire voter par le parlement une loi qui permette aux fonctionnaires de se syndiquer, mais qui leur interdise de se mettre en grève. Nous ne voyons pas quelle utilité il peut y avoir dès lors à permettre aux fonctionnaires de se syndiquer, si ce n'est de permettre aux syndicats de fonctionnaires de faire partie de la *confédération générale* du travail, dont le but avoué est d'organiser la grève générale. Le projet que le gouvernement veut élaborer contient ainsi une contradiction interne.

Il faut ajouter que dans la séance de la chambre du 10 juillet 1906, M. Barthou, ministre des travaux publics et des postes, et M. Sarrien, président du conseil, se sont prononcés très nettement contre le droit de grève des fonctionnaires quels qu'ils soient et ont demandé le rejet de l'amendement Paul Constans tendant à la réintégration des facteurs renvoyés pour fait de grève. La chambre a repoussé l'amendement par 336 voix contre 141.

Contre les syndicats de fonctionnaires, cons. le vigoureux article de M. Fernand Faure, en réponse à un article de M. Berthod, *Revue politique et parlem.*, mars 1906, p. 433. — Rap. le très intéressant article de M. G. Cahen, *Revue politique et parl.*, 10 juillet 1906, p. 80.

Aussi bien d'après quelques bons esprits le syndicalisme des fonctionnaires est un mouvement profond et irrésistible qui prépare la société de demain, où la hiérarchie centralisée de l'Etat fera place à une fédération de syndicats, qui assureront l'accomplissement de la mission sociale dont l'Etat se charge actuellement. Cf. notamment en ce sens, Paul-Boncour (*Revue socialiste,* janvier 1906, p. 17 et suiv.), qui estime que, sans qu'on puisse l'empêcher, « nous marchons vers une décentralisation complète, un fédéralisme intégral, à la fois corporatif et administratif... »

Des idées analogues ont été exposées par M. Berthod, dans la *Revue polit. et parlem.*, 10 mars 1906, p. 413. — M. Berthod nous a fait l'honneur d'invoquer à l'appui de ses conclusions des idées exposées par nous dans notre livre *L'Etat, le droit objectif et la loi positive,* 1901. Nous avons essayé de montrer dans ce livre tout ce qu'avait d'artificiel le postulat de la souveraineté et de l'unité de l'Etat. Mais nous croyons pouvoir affirmer sans nous contredire,

fonctionnaires ne peuvent pas se syndiquer parce que le syndicat implique le droit de grève, et que, quelque forme rête l'Etat, il y aura toujours dans une société donnée un des plus forts obligés d'accomplir certaines fonctions socia- pour cela ils devront nécessairement instituer des agents puissent ni se syndiquer ni faire grève, car autrement ils eraient aux devoirs qui s'imposent rigoureusement à eux. e réponse à l'article de M. Berthod, *Revue polit. et parlem.*, 06, p. 28. — V. aussi en faveur du droit syndical des fonc- res, la brochure publiée sous le patronage de la *Ligue des le l'homme*, par M. Maxime Leroy, sous le titre : *Le droit ctionnaires*, 1906. — Enfin le mouvement syndicaliste des naires est vigoureusement défendu par la revue *Le mou- socialiste*, qui est l'organe officiel du *syndicalisme* révolu- re et qui contient de nombreux articles où le but poursuivi nettement indiqué. Ainsi, M. Lagardelle écrit : « La société *te*, c'est la société parasitaire, avec ses organes, instruments nnels de l'oppression des classes. La société *économique*, société de producteurs, celle qu'organisent peu à peu les ions ouvrières et *qui détruisent le pouvoir des maîtres par association. Le parlementarisme* est le moyen d'action de ière..., le *syndicalisme* celui de la seconde... *Les syndicats ourses du travail sont précisément ces organismes proléta- ui s'opposent aux organismes traditionnels, Etat, com-* (*Mouvement socialiste*, 1er-15 décembre 1905, p. 512). — V. nent dans le même sens, Guieysse, *Patriotisme démocrati- capitaliste, Mouvement socialiste*, 1er-15 octobre 1905 r développe cette idée que le syndicalisme doit avoir pour la suppression de l'Etat); Pouget, *Les bases du syndica- Le syndical*, deux brochures éditées par la bourse du tra- mple-rendu détaillé dans le *Mouvement socialiste*, 1er-15 sep- 1905 (Les syndicats doivent tendre à se substituer à l'Etat). i Lagardelle, *Antimilitarisme et syndicalisme, Mouvement te*, 14 janvier 1906, p. 121, et le *Droit syndical, allocution* cée au congrès des agents des postes le 6 juin 1906, *Mouve- cialiste*, juillet 1906, p. 200.

De l'institution des agents. — L'acte par sont désignés les agents non fonctionnaires ne e guère de difficulté. On est à peu près unani- nt d'accord pour reconnaître qu'il est un contrat l'Etat et l'agent, ou entre l'agent et la personne ive publique autre que l'Etat qui l'emploie. Si t non fonctionnaire s'engage, moyennant une ne rétribution, à faire des actes simplement maté- le contrat est un louage de services ; si l'agent

non fonctionnaire doit faire, au nom de la personne publique, des actes juridiques, le contrat intervenu sera un contrat de mandat ; ou bien, comme il arrive souvent, le contrat aura à la fois le caractère d'un mandat et d'un louage de services. La situation de l'agent sera déterminée par les clauses du contrat. Si au point de vue de la résiliation du contrat rien n'a été dit, on devra appliquer la disposition ajoutée par la loi du 27 décembre 1890 à l'article 1780 du code civil, si c'est un louage de service, et l'art. 2003 du code civil, si c'est un mandat. Les litiges qui peuvent s'élever entre l'Etat et l'agent non fonctionnaire sont tous de la compétence des tribunaux judiciaires. Cette compétence judiciaire a été consacrée expressément par la loi déjà citée du 21 mars 1905 relativement aux difficultés s'élevant entre l'administration des chemins de fer de l'Etat et ses employés à l'occasion du contrat de travail.

La détermination du caractère juridique appartenant à l'institution d'un agent fonctionnaire a soulevé de graves difficultés. Il importe de noter tout d'abord que la nature interne de l'acte d'institution reste toujours la même, quelle que soit la forme qu'il revête dans telle ou telle législation et suivant les divers fonctionnaires. Souvent on distingue entre la nomination et l'élection. Il y a là une simple différence de fait qui ne peut constituer une différence de droit ; l'élection est la nomination faite par un groupe d'individus, et la nomination proprement dite celle faite par un individu seul. L'élection d'un fonctionnaire n'a point le caractère de l'élection d'un organe représentatif. Les fonctionnaires n'ont aucun caractère de représentation. C'est le principe déjà posé par la constitution de 1791 (tit. III, chap. IV, sect. II, art. 2). Ils ne reçoivent donc pas un mandat représentatif de la nation comme les individus composant les organes de représentation (cf. *supra*, § 52). Le corps électoral de telle ou telle circonscription territoriale est une autorité qui a reçu

i compétence pour instituer tels ou tels fonc-
res ; cet acte d'institution doit avoir le même
re juridique que l'acte d'institution émané du
l'Etat, d'un ministre ou d'une autre autorité.
t se demander comment dans l'élection se for-
ine volonté dont la manifestation soit précisé-
institution d'un agent. Mais c'est une question
fait différente de celle que nous posons actuel-
; c'est une question de psychologie collective
us n'avons point à résoudre. Que le fonction-
oit élu ou soit nommé, il y a une manifestation
nté dont le résultat est l'institution du fonction-
Quel est le caractère juridique de cet acte de
?

ance, un grand nombre de fonctionnaires administratifs
ont nommés à l'élection. C'est sous cette forme que se
e surtout le système de décentralisation. Les membres
naux de commerce (L. 8 décembre 1883) et les membres
eils de prud'hommes (L. 15 juillet 1905) sont aussi élus.
nent il y a une tendance, harmonique au principe démo-
, à accroître le nombre des fonctionnaires nommés à l'élec-
pendant l'élection n'est point en France encore le droit
de l'institution des fonctionnaires. La règle à cet égard
e par l'art. 3 de la loi const. de 1875 : « Le président de la
ue nomme à tous les emplois civils et militaires ».

nérique, la nomination des fonctionnaires fédéraux est
au président de la république, qui, pour certaines nomi-
doit avoir l'avis conforme du sénat (Const. art. II, sect. 2).
la plupart des pays et particulièrement en France, il y a
p de nominations qui ne sont point faites par le chef de
personnifiant le gouvernement. En France notamment,
s agents élus, il y a un nombre considérable d'agents qui
point nommés par le président de la république, mais bien
tres agents, par exemple par les ministres, les directeurs
x des ministères, les préfets, les maires, les recteurs.

bien entendu que les agents, qu'ils soient nommés par le
t de la république ou par un fonctionnaire, ne reçoivent
celui qui les nomme la situation, la compétence qui leur
nt. Pour employer une expression, peu exacte, mais passée
langage courant, ils ne reçoivent point une délégation
i qui les nomme. Leur situation, leur compétence sont
nées par la loi, et si la nomination est un acte juridique,
ies à cet acte juridique sont, non point celui qui fait la

nomination et celui qui est nommé, mais bien l'Etat ou la personne publique et le fonctionnaire nommé.

Dans les idées anciennes parfaitement harmoniques à la conception de l'Etat princier, les fonctionnaires étaient les mandataires, les délégués du roi. Cette conception a subsisté en Angleterre, au moins en la forme : les fonctionnaires publics sont encore appelés les serviteurs du monarque, *servants of the crown* (Esmein, 4e édit., p. 588). Cf. Hatschek, *Der englische Staatsdienst, Jahrbuch de Schmoller*, 1906, p. 643. Notre savant collègue, voulant caractériser le rôle du chef de l'Etat faisant une nomination, dit : « qu'il fait en réalité fonction d'électeur », c'est-à-dire « qu'il est chargé par la constitution de les choisir et de les élire ». L'expression est empruntée à une lettre de Le Brun à Barthélémy de 1792 (Esmein, 4e édit., p. 588). Elle détone avec nos habitudes modernes de langage. Nous dirons plutôt que les électeurs qui *élisent* un fonctionnaire *nomment* ce fonctionnaire. L'élection et la nomination d'un fonctionnaire ont le même caractère. Mais quel est ce caractère ? M. Esmein ne nous le dit point.

La nomination d'un fonctionnaire est un acte de volonté fait au nom de l'Etat ou d'une autre personne publique par l'organe compétent d'après la loi. Cette déclaration de volonté se manifeste-t-elle en la forme contractuelle ou en la forme unilatérale? La nomination d'un fonctionnaire est-elle un contrat ou est-elle un acte unilatéral? Pour nous servir de la terminologie consacrée, la nomination d'un fonctionnaire est-elle un acte d'autorité ou est-elle un acte de gestion? L'intérêt de la question est tout l'intérêt qu'il y a à distinguer les actes d'autorité et les actes de gestion et qui a été expliqué au § 43.

La question est très discutée. Avant de l'exposer, on doit faire observer qu'elle est souvent mal posée, et que les raisons que l'on donne pour démontrer le caractère unilatéral ou contractuel de la nomination ne portent pas. Pour démontrer qu'il n'y a pas de contrat, on s'attache à prouver que le fonctionnaire, sauf quelques exceptions, n'a point de droit subjectif, et qu'il peut être révoqué à la volonté de l'Etat qui l'a nommé. Ainsi, M. Hauriou, qui admet le caractère unilatéral de la nomination des fonctionnaires, écrit : « L'acte de nomination, en la forme, n'est pas un contrat; (il) se présente comme une ordonnance ou acte d'autorité; d'autre part *au fond* (il) ne lie pas l'administration, qui peut impunément modifier après coup les éléments ou les avantages de la fonction ; or un acte qui d'une part ne contient par de pacte, qui d'autre part ne confère pas de droits acquis, n'est pas un contrat véritable..... Ce

uve en effet que malgré les apparences la situation n'est
tractuelle, c'est que le fonctionnaire peut être déplacé et
d'une façon intempestive ou arbitraire, sans avoir droit à
indemnité » (Hauriou, *Droit admin.*, 5ᵉ édit., 1903, p. 559 et
— On montrera au § 66 que cette dernière proposition n'est
t à fait exacte aux termes de la dernière jurisprudence du
d'Etat. Mais la question n'est pas là pour le moment. Nous
seulement ici affirmer que l'on ne peut conclure de l'exis-
de la non existence de droits « acquis » au profit du fonc-
e à l'existence ou à la non existence d'un contrat. En effet
s'oppose à ce qu'un acte unilatéral de puissance publique
aître au profit d'un particulier ce que M. Hauriou appelle
its « acquis ». La volonté unilatérale peut faire naître une
n de droit aussi bien que la volonté contractuelle, une situa-
droit ayant tous les caractères d'une situation née d'un
Et d'autre part, de ce que le fonctionnaire est révocable à
nté de l'administration, il ne suit point qu'il n'y ait pas con-
rce qu'il peut y avoir et il y a des contrats résiliables sans
ité de la part du résiliant, par exemple le mandat (C. civ.,

otre sens, il n'y a pas de raison logique *a priori*, que l'acte par lequel un agent est institué soit e contractuel ou un acte unilatéral. Nous avons it (§ 43) qu'il était impossible de faire une dis- n rationnelle entre le domaine du contrat et le ne de l'acte unilatéral, et que toutes les fonc- étatiques pouvaient être remplies et avaient été ies à un certain moment au moyen du contrat. a tendance actuelle est évidemment vers une ution du rôle assigné aux contrats d'Etat, dimi- correspondant d'ailleurs à la décroissance le du système contractuel dans les rapports x. Nous repoussons donc les doctrines qui nent *a priori* que l'institution des fonctionnaires ment dits ne peut être qu'un acte contractuel un acte unilatéral. Mais en même temps, nous s que l'Etat moderne dans son évolution géné- t arrivé à un stade où il institue par des actes éraux tous ses fonctionnaires proprement dits, -dire tous les agents qui sont associés d'une re normale et permanente au fonctionnement rvices publics, les services publics comprenant

l'activité de l'Etat correspondant à une mission juridiquement obligatoire pour lui à un moment donné.

La démonstration peut être faite directement par une analyse de l'acte. En fait, la nomination est acceptée ou même demandée par l'intéressé. Ne doit-on pas en conclure que l'institution résulte d'un concours de volontés et que, par conséquent, il y a un contrat? Il y aurait là une conclusion hâtive, résultat d'une analyse imparfaite de l'acte. L'Etat ne nomme en général que les individus qui acceptent ou même qui demandent les fonctions, parce qu'il y a lieu de croire qu'elles seront mieux exercées par ceux qui y sont appelés sur leur demande ou avec leur acceptation. Mais le consentement du fonctionnaire nommé n'est point nécessaire pour la perfection de l'acte de nomination. Pour s'en convaincre, qu'on suppose une nomination faite à l'insu du fonctionnaire nommé. Celui-ci accepte postérieurement. La nomination produit ses effets du jour où elle est faite, et non du jour de la nomination. Or il est d'évidence que si l'acceptation avait été nécessaire pour la perfection de l'acte, la nomination n'aurait produit ses effets que du jour où l'acceptation a été donnée, de même qu'une offre de donation ne peut produire d'effet que du jour où elle est acceptée.

M. Hauriou, voulant expliquer comment la nomination d'un fonctionnaire reste un acte unilatéral, malgré l'intervention du consentement du fonctionnaire nommé, écrit : « Que signifient donc les consentements échangés au moment de la nomination d'un fonctionnaire? Uniquement la *volonté de se mettre ensemble*, de même qu'au moment de la démission acceptée l'échange des consentements signifie la volonté *de se quitter*. C'est qu'en effet il se crée entre l'administration et son fonctionnaire un état de société; mais cet état de société n'est point enfermé dans les stipulations d'un contrat (*Droit administ.*, 5e édit., 1903, p. 557, note 1). L'idée est ingénieuse ; elle est analogue à la doctrine de M. Gierke, d'après laquelle des adhésions concourantes de plusieurs individus à une même association ne constituent point un contrat, mais restent autant d'actes unilatéraux (*Genossenschaftstheorie*, 1887, p. 133); elle doit être aussi rapprochée de la doctrine de M. Jellinek, d'ailleurs similaire de celle de M. Gierke et relative à la *Vereinbarung* (*System*, 2e édit., 1905, p. 204).

Ces conceptions sont très intéressantes; le lieu n'est pas ici de les discuter. Nous nous demandons seulement si l'on n'arrive pas au même résultat en disant simplement que parfois il y a concours de volontés sans qu'il y ait contrat, parce que les deux actes de volonté ne sont pas déterminés l'un par l'autre, mais que l'une des déclarations de volonté est seulement la condition suspensive à l'arrivée de laquelle est subordonné l'effet juridique que doit produire l'autre déclaration de volonté. En appliquant cette idée à la nomination des fonctionnaires, on arrive à ceci : dans la nomination des fonctionnaire il y a concours de volontés, mais il n'y a pas

, parce que l'acte de volonté de l'Etat qui nomme n'est point
iné par l'acte de volonté du fonctionnaire qui accepte, car
it déterminé par cet acte de volonté du fonctionnaire, la
de celui-ci contribuerait à l'investir de sa compétence; or
impossible, car l'Etat seul peut donner une compétence à
ctionnaire, compétence pour faire un acte d'autorité, com-
pour participer au fonctionnement d'un service public.
st donc le rôle de l'acte de volonté du fonctionnaire qui
? Il est la condition à l'arrivée de laquelle est subordonné
e l'acte de volonté de l'Etat qui nomme; mais comme tout
nditionnel, cet acte de volonté unilatéral est juridiquement
par lui-même. Et nous sommes arrivé précédemment au
ésultat, en montrant que, lorsque l'acceptation était posté-
la nomination, celle-ci produisait ses effets du jour de sa
non pas seulement du jour de l'acceptation.

nomination de tous les fonctionnaires propre-
dits étant un acte unilatéral ou d'autorité, en
du principe général établi au § 43, les litiges
ant à l'occasion de la nomination des fonction-
, ou de leur révocation, ou à l'occasion de leur
nent, de leur pension de retraite, sont, en droit
is et dans toutes les législations admettant la
ction du contentieux administratif et du conten-
judiciaire, de la compétence des tribunaux
istratifs. Cf. Laferrière, *Juridiction et conten-*
2e édit., 1896, I, p. 619.

ctrine qu'on vient d'exposer et qui voit un acte unilatéral
autorité) dans toute institution d'un agent fonctionnaire quel
it n'est point admise sans contestation.
ques auteurs, au reste aujourd'hui bien peu nombreux, ensei-
ncore que la nomination des fonctionnaires est toujours un
ntractuel. On s'attache à mettre en relief le concours de vo-
qui est, dit-on, indispensable pour que tel individu devienne
ublic. Le rapport de droit qui naît alors doit, dit-on, être
après les principes applicables aux contrats. Il est vrai qu'en
on atténue cette conclusion en disant que ce contrat est un
de droit public. Cela au reste n'a pas de sens; car il ne
voir deux espèces de contrat; ce qui est un contrat est tou-
n contrat avec les mêmes caractères internes. Il est vrai
ppelant la nomination des fonctionnaires un contrat de droit
on a eu surtout pour but d'expliquer comment en général le
nnaire peut être révoqué *ad nutum*, et aussi de donner un
ent juridique à la compétence des tribunaux administratifs
ger toutes les questions de traitement, de pension de retraite.

V. en ce sens, Perriquet, *Des contrats passés par l'Etat*, p. 435 ; Dareste, *Contentieux administratif*, 2e édit., p. 372 ; Ferrand, *Du louage de services à durée indéterminée*, thèse, Paris, 1898. Nous avons réfuté d'avance cette doctrine qui nous paraît ne point répondre à la conception moderne des services publics.

Nous retrouvons ici la doctrine déjà exposée au § précédent, qui distingue entre les fonctionnaires d'autorité et les fonctionnaires de gestion. M. Berthélemy (*Droit administratif*, 4e édit., 1906, p. 52), suivi fidèlement par son disciple M. Nézard (*Théorie juridique de la fonction publique*, 1901, p. 481), enseigne que la distinction faite entre les fonctionnaires d'autorité et les fonctionnaires de gestion conduit logiquement à dire que l'acte qui institue un fonctionnaire d'autorité est un acte unilatéral et l'acte qui institue un fonctionnaire de gestion un acte contractuel, « un contrat ordinaire, un contrat de droit privé ».

M. Jèze (*Principes généraux du droit administratif*, 1904, p. 41) et nous-même (*L'Etat, les gouvernants et les agents*, 1903, p. 401) avons critiqué cette doctrine. Nous avons écrit (p. 403) et nous maintenons que « de la nature juridique du rapport qui naît entre l'Etat et le particulier par l'intervention de l'agent, on ne peut point déduire la nature du rapport entre l'Etat et l'agent lui-même ; qu'en démontrant que l'agent d'autorité a compétence pour faire des actes de puissance, on n'a nullement démontré que l'acte qui l'a institué est un acte unilatéral ou de puissance publique..., que de ce que l'agent institué n'a pas compétence pour faire un acte de puissance publique, de ce qu'il ne fait que des actes de gestion, on n'a point le droit de conclure que l'acte qui l'institue est nécessairement un contrat..., que la question de la nature de l'institution fonctionnelle reste complètement distincte de la nature des actes qui rentrent dans le cercle d'activité de l'agent » (p. 403, 404, 405).

M. Berthélemy, dans les 3e et 4e édit., 1905 et 1906 de son ouvrage, p. 52 (note 2 de la p. 51), veut répondre à l'objection et écrit : « Raisonnons en évitant de nous laisser surprendre par l'identité des formes selon lesquelles sont choisis les différentes catégories de fonctionnaires : charger un ingénieur moyennant un salaire annuel de diriger la construction et l'exploitation d'une voie ferrée, charger un professeur, moyennant un salaire annuel, d'enseigner la rhétorique à des adolescents, voilà des actes qui sont incontestablement contractuels quand ils sont accomplis par une compagnie de chemins de fer ou par un chef d'école libre. Ces actes portent un nom dans le droit civil : ce sont des louages de services. Je demande à mes collègues comment ces mêmes actes peuvent changer de nature juridique, devenir unilatéraux, n'être plus des louages de services par cela seul qu'ils sont accomplis par une administration publique au nom de l'Etat ».

La réponse nous paraît facile. La différence vient précisément de ce que, en nommant un ingénieur, un professeur, l'Etat agit, non pas

e un industriel ou comme un maître de pension privée, mais e la personne collective obligée par ce droit d'assurer le nnement d'un service public, et pouvant employer son auto- ur assurer le fonctionnement des services publics. Quand un de pension choisit un professeur, une compagnie un ingé- il y a en présence l'un de l'autre deux sujets de droit égaux; nté de chacun a pour motif déterminant la volonté de l'autre; ut faire la classe ou exécuter le travail parce que l'autre veut ner un salaire; celui-ci veut donner un salaire, parce que veut faire le travail. Au cas de nomination par l'Etat d'un eur ou d'un ingénieur, nous n'avons point en présence deux de droit égaux; ce n'est pas l'Etat personne patrimoniale, isc qui intervient, c'est l'Etat chargé, parce qu'il est l'Etat, er le fonctionnement des services publics, c'est-à-dire d'as- 'accomplissement d'une certaine besogne considérée comme nt aux intérêts essentiels de la collectivité, c'est l'Etat ant sa puissance pour assurer le fonctionnement de ces ser- Et c'est pour cela que, quand il nomme les agents néces- à leur fonctionnement, aussi bien que quand il en réglemente tionnement, il fait un acte unilatéral ou acte d'autorité.

s avions dit que ce qui démontrait qu'il n'y avait pas corréla- écessaire entre le caractère des actes fait par l'agent et le re de sa nomination, c'est que dans d'autres temps c'est en l'un contrat, le contrat de fief, que le vassal acquérait com- e pour rendre la justice. Nous ajoutions que cela se passait n état social tout à fait différent du nôtre, mais que néan- cela renversait la corrélation générale, absolue, qu'on voulait M. Berthélemy nous fait dire que l'investiture des fonction- d'autorité était, à une certaine époque, contractuelle puisque ncien régime les juges achetaient leurs offices. Nous n'avons arlé de cela; l'exemple eût été bien mal choisi puisque la n d'office était, d'un avis unanime, un acte de souveraineté ral. Cf. Lebret, *Traité de la souveraineté*, 1642, p. 5; Merlin, *oire*, vº *Domaine public*, § 3.

s croyons bien que M. Berthélemy, et à sa suite son disciple M. Nézard, ont été dominés, à leur insu, par des considéra- trangères à la question. La pensée de M. Berthélemy (et elle juste) est de limiter le droit de révocation arbitraire et sans nité de l'Etat, et d'autre part, de donner aux tribunaux judi- la connaissance des litiges naissant à cette occasion. « Si la ci-dessus énoncée, dit M. Berthélemy, avait été aperçue, la dence des cours et des tribunaux, au lieu de se décider sur stions un peu à l'aventure..., se serait attachée à la distinc- e fonctionnaire dont le rôle consiste uniquement à faire des e gestion, n'est congédiable que dans le cas où un louage de s est résiliable; lorsqu'un tel fonctionnaire réclame une nité pour révocation injustifiable, c'est aux tribunaux judi-

ciaires qu'il doit s'adresser » (p. 57). Nous sommes convaincu que c'est uniquement pour justifier ces solutions, assurément soutenables, mais formulées *a priori*, que notre cher et savant collègue a édifié sa distinction des fonctionnaires d'autorité et de gestion et sa distinction correspondante de l'institution par acte d'autorité et par contrat. Cela montre tout ce qu'elle a d'artificiel.

Les auteurs allemands enseignent sur la nature juridique de l'institution des fonctionnaires une doctrine intéressante qui cadre assez bien avec la loi allemande du 31 mars 1873. Elle a été surtout développée et précisée par M. Laband (*Droit public*, édit. franç., 1901, II, p. 100 et suiv.). Cf. Kammerer, *La fonction publique d'après la législation allemande*, Paris, 1898.

On dit : dans l'institution d'un agent l'analyse juridique distingue deux choses, qui au premier abord paraissent confondues : 1° le contrat de service public, qui donne le titre ; 2° l'attribution d'une certaine compétence, dans un emploi déterminé, donnée à celui qui a conclu avec l'Etat un contrat de service public. La concession d'une certaine compétence dans un emploi déterminé ne crée pas le service public ; elle le suppose : elle résulte toujours d'un acte unilatéral de puissance ; elle ne donne aucun droit au fonctionnaire : elle détermine seulement le cercle de son activité fonctionnelle ou compétence. La fonction proprement dite résulte au contraire du contrat de service public (*Staatsdienstvertrag*) ; elle constitue un rapport de service public (*Staatsdienstverhaltniss*). Ce contrat fait acquérir au fonctionnaire non pas la compétence pour tels ou tels actes, mais la qualité de fonctionnaire, l'état actif de fonctionnaire, et pour lui un véritable droit subjectif. C'est de ce contrat que naissent en même temps diverses obligations pour l'Etat, par exemple l'obligation de payer un traitement au fonctionnaire, l'obligation de lui servir une pension de retraite, de lui assurer d'autres avantages.

Cette théorie forme une construction juridique qui ne manque pas d'élégance. Elle s'harmonise assez bien, on l'a déjà dit, avec la loi allemande du 31 mars 1873 sur les fonctionnaires. Mais peut-on prendre cette conception comme le fondement d'une théorie générale de la fonction publique moderne ? Nous ne le croyons point. Elle n'est point conforme aux faits desquels est sorti l'Etat moderne. Elle est une survivance de la conception contractuelle de l'Etat. M. Laband est lui-même obligé de le reconnaître quand il rapproche le prétendu contrat de service public de l'ancien contrat de *commandation*. Sans doute on fait bien une part à la puissance commandante de l'Etat en reconnaissant l'existence d'un acte unilatéral attribuant la compétence ; mais on fait un amalgame étrange des deux notions, qui se sont succédé historiquement, la notion de l'Etat contractuel et la notion de l'Etat commandant, la notion féodale et la notion moderne.

Après ce court examen des diverses doctrines pro-

, nous maintenons notre formule précédente : d'institution d'un fonctionnaire (au sens que lonnons à ce mot) est toujours, est seulement un *nilatéral*, et d'après la terminologie courante, un 'autorité. Nous avons supposé qu'il s'agissait onctionnaire de l'Etat et d'une institution faite m de l'Etat. La solution serait la même s'il sait des fonctionnaires d'une personne publique que l'Etat et si l'institution était faite au nom de ersonne publique.

admis que l'institution des fonctionnaires est un acte unila- pose une question qui est la plus délicate. Cet acte unila- institution est-il la cause efficiente de la situation qui est citoyen investi désormais de la qualité de fonctionnaire ? ontraire n'est-il que la condition d'application, à une personne inée, de la loi qui règle la fonction publique considérée ? La n ne se pose pas seulement pour l'acte d'institution d'un fonc- re. Elle se pose, à vrai dire, pour toute manifestation de intervenant dans le domaine du droit, pour laquelle on ujours se demander si la situation qui apparaît après cette station a pour cause efficiente vraie cet acte de volonté ou lle-même dont l'acte de volonté n'a été que la condition ation. La question se pose non seulement pour un acte ral, mais aussi pour un acte contractuel. Elle se pose en droit omme en droit public. Elle se pose notamment pour le , qui est un contrat, duquel on doit se demander s'il est la fficiente de la situation des époux ou simplement la condition plication à telles personnes déterminées de la loi sur le e. Observation importante qui montre à nouveau que la solu- la question de savoir quelle est la situation des fonction- ne dépend pas du point de savoir s'ils ont été institués par ou par acte unilatéral.

juriseconsultes allemands ont beaucoup étudié cette question le, qui se rattache intimement à la théorie de la volonté *nstheorie* ». Nous n'avons point à entrer dans l'étude de cussions, et nous demandons la permission de renvoyer le à notre livre, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, . 136 et 577 et suiv.

hose importante à comprendre c'est que la solution de la n ne dépend point du caractère de l'acte de volonté inter- cte unilatéral ou contractuel, mais bien de la situation qui ée. Si la situation qui est créée est une situation de droit f, elle ne peut résulter d'un acte de volonté individuel, elle ésultat de l'application de la loi, et l'acte de volonté n'est condition d'application de la loi ; si au contraire la situation

créée est une situation de droit subjectif, s'il existe certains droits subjectifs au profit d'une personne déterminée, cette situation a pour cause efficiente l'acte unilatéral ou contractuel d'une volonté se manifestant dans les limites du droit objectif et dans un but conforme au droit objectif.

La situation des fonctionnaires est, on le verra au § suivant, à beaucoup d'égards une situation de droit objectif : elle l'est certainement au point de vue de la compétence, au point de vue de l'amovibilité ou de l'inamovibilité. L'est-elle au point de vue du traitement, de la pension de retraite ? La chose peut être discutée. Mais il est certain que la situation du fonctionnaire est avant tout, suivant l'expression de M. Hauriou, *légale* ou *réglementaire* (5ᵉ édit., p. 556). — M. Hauriou a d'ailleurs le tort d'opposer à la situation *légale* ou *réglementaire* la situation contractuelle. On vient de dire que les deux choses ne s'opposaient point, et que la situation du fonctionnaire pourrait être en même temps contractuelle et légale ou réglementaire.

La situation du fonctionnaire étant avant tout une situation de droit objectif, nous avons grande tendance à considérer l'acte de nomination comme étant, non point la cause efficiente de cette situation, mais la condition d'application de la loi qui crée et réglemente cette situation. D'après la formule de M. Jèze : « La nomination, l'élection ne sont pas la cause créatrice du pouvoir de l'agent. C'est uniquement le fait auquel est subordonné l'exercice par un individu du pouvoir réglé par la loi. En d'autres termes, la loi constitue un ensemble de pouvoirs et de devoirs à exercer par un individu, c'est la fonction publique ; l'application à un individu déterminé de cet ensemble (de dispositions) est subordonnée à un fait : ce fait est la désignation de cet individu... » (Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 1904, p. 41). — C'est la thèse que nous-même avons exposée et développée dans notre livre, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, 1903, p. 427 et suiv.

Cette conception explique beaucoup de choses, et notamment comment le fonctionnaire peut être institué par un fait qui n'est pas un acte de volonté, par exemple par l'hérédité ou le tirage au sort. D'autre part cela explique comment, quel que soit son mode de nomination, le fonctionnaire se trouve en réalité investi de sa fonction par les gouvernants eux-mêmes, par ceux qui détiennent la souveraineté ; le fonctionnaire est investi en réalité par la loi, et la loi émane de ceux qui détiennent la souveraineté.

Quoi qu'il en soit de tout cela, lorsque la désignation d'un fonctionnaire résulte d'un acte de volonté, elle est un fait de volonté, et une manifestation de volonté qui se produit dans le domaine du droit. De cela il résulte d'abord que, comme pour tout acte de volonté, le but qui détermine la volition est l'élément essentiel à considérer pour en apprécier la valeur. D'autre part, devant s'apprécier comme un acte juridique, la nomination suppose, outre un

quat au droit, une capacité de la volonté qui la fait, et toute e de conditions de forme et de fond qui peuvent être exi- · la loi pour que la nomination soit valable.

ctes de nomination proprement dits, faits en violation de ême par le président de la république, sont entachés d'excès oir et ils peuvent certainement être attaqués par le recours cès de pouvoir. Le principe n'est pas douteux; mais pendant ps on s'est demandé qui serait recevable à former le recours cès de pouvoir. Ce n'est pas évidemment l'individu nommé. sont pas non plus, disait-on, les individus réunissant les et les conditions exigées par la loi pour être nommés à la à laquelle a été faite une nomination irrégulière, car nul à être nommé à une fonction, bien qu'on remplisse toutes itions nécessaires pour y être nommé, et on ne peut dire nomination irrégulière à une fonction publique fasse grief de qui que ce soit. Aujourd'hui l'on comprend mieux la du recours pour excès de pouvoir, et la question ne fait plus é. Le recours pour excès de pouvoir est un recours objec- demandeur à ce recours n'invoque point l'existence à son un droit subjectif auquel il aurait été fait grief, mais soutient nt que la loi a été violée et il sera recevable à former un toutes les fois qu'il aura un intérêt pécuniaire ou simple- oral, apprécié d'une manière très large, à faire tomber l'acte étend être entaché de nullité. Dans ces conditions il est évi- e tous ceux qui réunissaient les conditions nécessaires pour mmés à une place à laquelle a été faite une nomination irré- sont recevables à attaquer cette nomination, que tous les es du conseil d'Etat, par exemple, sont recevables à attaquer nination au conseil d'Etat faite en violation de la loi du et 1887 ou de la loi du 18 avril 1900. Cf. Tournyol du Clos, *ur le recours pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, 1905, *supra*, § 46.

ait bien résulter d'une série d'arrêts récents que la jurispru- u conseil d'Etat est fixée en ce sens. Nous citerons les arrêts Molinier, 11 décembre 1903 (*Recueil*, p. 780) déclarant rece- recours formé par des archivistes paléographes tendant à nuler la nomination du directeur des archives nationales et pecteur général des bibliothèques parce que les individus à ces fonctions ne réunissaient pas les conditions exigées oi; l'arrêt Savary (18 mars 1904, *Recueil*, p. 232), qui déclare le et fait triompher au fond le recours formé par un sous- eur des enfants assistés contre des arrêtés ministériels fai- s nominations irrégulières de sous-inspecteurs d'enfants . Rapp. les arrêts *Berrest*, 20 mars 1904 (*Recueil*, p. 404) et *ge*, 10 mars 1905 (*Recueil*, p. 240). Cf. *Revue du droit public*, 517 et 1905, p. 360; *Année administrative*, 1904, p. 160 et Beaudouin, *De la notion d'intérêt dans le recours pour excès*

de pouvoir, thèse, Paris, 1904; Tournyol du Clos, *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, 1905.

66. De la situation des agents. La compétence. — Les agents non fonctionnaires sont dans une situation juridique subjective déterminée par l'acte juridique, en général un contrat (contrat de mandat ou contrat de louage de services) qui a donné naissance à cette situation, et au contraire les agents fonctionnaires se trouvent principalement dans une situation de droit objectif, situation légale ou réglementaire, créée par la loi, dont l'acte qui les a nommés (acte unilatéral ou contrat) est la condition d'application, situation qui peut à tout moment être modifiée par la loi, sans que le fonctionnaire puisse jamais prétendre à un droit *acquis* que la loi ne pourrait pas lui enlever.

Cette conception de la situation du fonctionnaire est parfaitement concordante avec la notion que nous nous formons de la fonction publique, et qu'il faut toujours avoir présente à l'esprit. Le fonctionnaire est l'individu qui, d'une manière permanente et normale, est associé au fonctionnement d'un service public; et le service public assure l'accomplissement d'une besogne rentrant dans la mission considérée comme juridiquement obligatoire pour l'Etat. L'Etat doit donc (et en fait il agit ainsi), par ses lois et ses règlements, organiser le fonctionnement régulier, normal et permanent de ses services publics; s'il ne le faisait pas, il manquerait à ses obligations. Pour atteindre ce but, le premier point est de déterminer les fonctionnaires qui seront affectés aux services publics, leurs pouvoirs, leurs obligations, en un mot leur situation juridique. Nul ne conteste que les décisions prises par l'Etat pour assurer en un sens général le fonctionnement des services publics soient des décisions réglementaires, des décisions de droit objectif. Tout au plus discute-t-on le point de savoir si ces décisions, quand elles émanent du chef de l'Etat et non du parle-

ont le caractère matériel d'actes exécutifs ou
s législatifs. Or, une loi, un règlement qui déter-
la condition des fonctionnaires de tel ou tel
e, organise le fonctionnement de ce service, et
ation qui est faite au fonctionnaire est un des
nts de l'organisation de ce service. On ne peut
parler ni d'obligation ni de droit subjectifs
tenant à ce fonctionnaire; il n'est rien; il n'est
rouage du service; et de l'application à sa per-
de la loi de service résulte une certaine situation
et passive.

t cette situation légale, active et passive, qui
ue pour le fonctionnaire une série de pouvoirs
devoirs, lesquels constituent ce qu'on appelle
nction publique. Cette situatiom dérive directe-
le la oi, peut être supprimée ou modifiée à tout
t par la loi, sans que le fonctionnaire puisse se
re, si sa situation se trouve diminuée par la loi
lle. Cela est une première raison pour laquelle il
and intérêt pratique à bien montrer que la situa-
u fonctionnaire est une situation légale et régle-
ire, une situation de droit objectif avant tout.

e conception de la fonction publique permet
on le verra dans la suite de ce paragraphe,
iquer beaucoup de dispositions des législations
nes, et particulièrement de la législation fran-
qui autrement seraient inexplicables. D'autre
elle permet d'écarter toutes les doctrines plus
ins subtiles imaginées pour déterminer le sujet
étendu droit subjectif se rattachant à la fonction
que, doctrines artificielles et insoutenables.

avons écrit en 1903 et nous pouvons répéter encore aujour-
« On a cru que pour établir le droit des fonctions publiques,
t le construire sur la base du droit subjectif. C'est là une
que nous nous attachons à combattre, parce qu'elle est la
uence d'une erreur plus générale... Il faut bien assurément
construction juridique de la fonction publique, mais sur la
u droit objectif. Ici encore nous trouvons des volontés indi-
es qui peuvent vouloir et doivent vouloir conformément à

un certain but déterminé par le droit objectif et dans les limites qu'il trace. C'est ce but, ce sont ces limites qu'il faut marquer; en cela seulement consiste la théorie juridique de la fonction publique. Affirmer l'existence d'un droit subjectif et essayer de déterminer le sujet de ce droit, c'est tenter l'impossible et édifier une construction sans fondement » (*L'Etat, les gouvernants et les agents*, 1903, p. 492-493). — Cf. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, p. 42 et suiv.

La compétence. — L'élément principal de la situation active du fonctionnaire est incontestablement la *compétence.* Dans son sens tout à fait général, le mot compétence désigne le pouvoir qui appartient à un fonctionnaire de faire tel ou tel acte se rattachant à la mission qui incombe à l'Etat. On appelle aussi compétence l'ensemble des actes que peut faire légalement un fonctionnaire, le cercle d'activité légale d'un fonctionnaire. Mais ce n'est, à vrai dire, qu'un abus de langage; nous verrons dans la compétence seulement le pouvoir de faire légalement certains actes.

Assurément, dans son sens tout à fait général, le mot compétence désigne non seulement le pouvoir pour un fonctionnaire de faire des actes juridiques (actes d'autorité ou actes de gestion), mais encore de faire régulièrement, pour le compte de l'Etat, des opératiohs matérielles n'ayant point le caractère juridique, ne produisant pas des effets de droit. On peut dire qu'un ministre, un préfet, un maire, ont une compétence, c'est-à-dire le pouvoir de faire, pour le compte de la personne publique dont ils sont fonctionnaires, un acte juridique unilatéral ou contractuel; de même, le fonctionnaire juridictionnel a vraiment une compétence. Mais à la rigueur, on peut dire aussi que les fonctionnaires qui ne font que des opérations matérielles, ont une compétence puisqu'ils ont le pouvoir de faire régulièrement certaines opérations matérielles et pas certaines autres; un ingénieur, par exemple, peut régulièrement surveiller certains travaux placés dans le cercle de sa circonscription d'inspection, il ne pourrait point surveiller

s travaux; un professeur peut faire son cours, ger aux examens dans la faculté à laquelle il ient; il ne pourrait point régulièrement le faire ne autre faculté. L'observation a surtout son ance pour les agents détenteurs de la force ue, qui, en mettant en mouvement cette force ue, ne font point d'actes juridiques. Le commis-le police, le garde-champêtre ou le gendarme océdent à une perquisition domiciliaire, à une tion, ne font qu'une opération matérielle; ils vent la faire, ils n'ont compétence pour la faire ns certaines conditions. On verra plus loin les uences qui peuvent résulter de ce qu'un agent peut faire que des opérations matérielles agit ors des règles prescrites par la loi.

eut donc parler de compétence pour tout fonc-ire, qu'il fasse des actes d'ordre juridique (actes entaires, actes administratifs proprement dits, le gestion, actes juridictionnels), ou qu'il fasse ent des opérations matérielles, qu'il ne peut ue conformément à la loi; et la compétence est voir de vouloir, conformément à la loi, appar-à un fonctionnaire. Mais il est incontestable la langue du droit public était plus riche, il it réserver le mot de compétence pour le pou-vouloir des actes d'ordre juridique et employer re mot pour désigner le pouvoir de vouloir des ions matérielles. En fait, quand on parle de tence, on a certainement presque toujours en pouvoir du fonctionnaire de faire des actes juridique.

uvoir de vouloir qu'est la compétence n'est point un droit f, dont on aurait à déterminer le titulaire. Il est un pouvoir e résultat, qui est le *réflexe*, comme dirait M. Jellinek, de lative à la fonction considérée, et le seul sujet possible de oir est le fonctionnaire qui exprime cette volonté. On a dit t de ce paragraphe pourquoi rationnellement on ne devait ir dans la compétence un droit subjectif. Il n'est point inu-montrer que notre conception de la compétence cadre seule

avec les législations modernes, et particulièrement avec la législation française.

S'il est une règle du droit positif moderne en général, et du droit positif français en particulier, qui soit incontestable, c'est celle en vertu de laquelle tout droit subjectif fixé sur la tête d'une personne implique un moyen organisé par la loi d'arriver à la réalisation de ce droit. Le droit moderne tout entier repose sur la réalisation toujours possible d'une situation juridique subjective par des moyens de contrainte. Il suit de là que si la compétence était un droit subjectif du fonctionnaire, le fonctionnaire aurait un moyen de faire valoir cette compétence ou en d'autres termes de revendiquer cette compétence contre quiconque y porte atteinte. Or cette possibilité n'existe certainement pas. Aucune disposition de notre droit positif, aucune solution de notre jurisprudence administrative ne reconnaissent au fonctionnaire un moyen quelconque de revendiquer sa compétence. Un ministre ne peut pas revendiquer devant le conseil d'Etat, statuant juridictionnellement, la connaissance d'une affaire à laquelle prétendrait un autre ministre. De même un préfet ne peut pas revendiquer contre un autre préfet, un maire ne peut pas revendiquer contre un autre maire, par la voie contentieuse, la compétence qu'ils prétendent leur appartenir. Le supérieur ne peut pas empiéter sur la compétence de l'inférieur; et cependant un préfet ne peut pas obtenir la répression des actes d'empiètement du ministre, un maire ne peut pas davantage obtenir répression des actes d'empiètement du préfet.

Cependant on pourrait être tenté d'objecter l'arrêt du conseil d'Etat dans l'affaire du maire de Néris du 18 avril 1902 (*Recueil*, p. 275) par lequel, à la requête du maire de Néris, le conseil d'Etat a annulé des arrêtés du préfet de l'Allier par lesquels celui-ci avait autorisé les jeux de hasard sous certaines conditions et annulé un arrêté du maire en portant interdiction absolue. Il semble que le conseil d'Etat a fait triompher là une revendication de compétence formée par un maire contre un préfet. Il n'en est rien. Le conseil d'Etat est parti de cette idée que le maire, en remplissant ses fonctions de police, exerce un pouvoir dont la commune est le titulaire, puisque l'art. 91 place le maire, exerçant ses fonctions de police, sous la *surveillance*, et non sous l'*autorité* de l'administration supérieure. Par conséquent s'il y a revendication, c'est, non pas d'un droit de compétence appartenant à un fontionnaire, mais d'un pouvoir concédé à une personne publique. D'autre part, avec la notion, déjà mise en relief (§ 46), du recours pour excès de pouvoir conçu comme recours objectif, on ne saurait parler de revendication d'un droit. Par ce recours on invoque seulement la loi; on soutient que la loi a été violée et on demande, sans prétendre à aucun droit, l'annulation d'un acte fait en violation de la loi; on est recevable à faire cette demande toutes les fois qu'on a un intérêt simplement moral à l'annulation de l'acte. C'est de la même manière que s'expli-

ecevabilité du recours formé aux termes de l'art. 67 de la avril 1884 contre l'arrêté du préfet annulant une délibéra- conseil municipal, ou le recours formé contre l'arrêté du nscrivant d'office une dépense prétendue obligatoire au nunicipal (cons. d'Etat, 4 février 1905, *Recueil*, p. 92).

dit parfois que ce qui prouve que la compétence est un droit subjectif du fonctionnaire, c'est qu'il peut toujours cer en donnant sa démission. L'argument est sans valeur. te de rectifier une erreur très communément répandue. Ce nt la démission du fonctionnaire qui produit la cessation nction et la cessation de la compétence qui y est attachée; cceptation de cette démission par l'autorité supérieure nte. Tant que la démission n'est pas acceptée, le fonction- t en fonction avec tous les pouvoirs et tous les devoirs à sa fonction. La vérité, c'est que le fonctionnaire peut, donner, mais proposer sa démission; habituellement elle ptée; mais elle pourrait ne pas l'être; il arrive souvent en elle ne l'est pas. On doit noter d'ailleurs que, souvent, la démission n'est pas acceptée, c'est qu'elle est considérée un acte d'indiscipline et que le fonctionnaire est alors, en l'objet d'une révocation disciplinaire.

dit encore que ce qui prouve que la compétence est un bjectif, c'est que les fonctionnaires ont le droit de la *déléguer*, ire de charger une personne, en général un autre fonc- e, d'exercer leur compétence, de faire à leurs lieu et place s qui rentrent dans leur compétence et avec les mêmes L'objection ne porte pas. Les législations modernes en et particulièrement la législation française, autorisent, en rtains fonctionnaires et certains corps à déléguer tout ou le leur compétence. V. notamment l'ordonnance du nbre 1844 et les décrets du 22 décembre 1881 et du 8 février ur le ministre des finances, l'ordonnance du 21 mars 1821 cret du 29 décembre 1854 (art. 3) pour le préfet, l'art. 82 i du 5 avril 1884 pour le maire, et l'art. 77 de la loi du 1871 pour les délégations données par le conseil général à mission départementale. Mais la doctrine et la jurispru- ont d'accord pour reconnaître que ces délégations de com- forment une exception, et qu'un fonctionnaire ne peut e délégation totale ou partielle de ses pouvoirs, que si une n règlement le lui permettent, et dans la mesure et sous itions où ils le lui permettent.

re part, bien que passée dans l'usage, l'expression *déléga- compétence* est tout à fait inexacte. Ces mots paraissent er qu'il y a véritablement un mandat par lequel un fonc- e charge un mandataire d'exercer à sa place son droit de ence, ce qui impliquerait que la compétence est un droit f. Or il n'en est point ainsi : on ne voit aucun des caractè-

res du mandat. Le mandant peut choisir son mandataire; le fonctionnaire qui délègue sa compétence ne peut choisir son délégué, il lui est imposé par la loi; le mandat est toujours révoqué par la mort du mandant; la délégation de compétence subsiste malgré la mort du délégant; le mandataire est juridiquement lié par les instructions que lui donne son mandant; le fonctionnaire délégué a une indépendance complète dans l'exercice des pouvoirs qui lui appartiennent; il n'est point juridiquement lié par les instructions que lui donnerait le fonctionnaire délégant. D'action contre le délégué pour le forcer à rendre compte, le délégant n'en a point; peut-être seulement le délégué est-il soumis au pouvoir disciplinaire et hiérarchique du délégant (arg. du décret du 29 mars 1854 et de l'art. 82 de la loi du 5 avril 1884).

En réalité, ce que la loi et l'usage appellent inexactement *délégation*, est une nomination ayant tous les caractères précédemment définis. Le fonctionnaire qui reçoit une délégation acquiert une compétence en vertu de la loi et non point par la volonté du fonctionnaire délégant. Le délégué n'est pas plus le mandataire du délégant, qu'un fonctionnaire n'est le mandataire du fonctionnaire supérieur qui le nomme. Si le délégué est compétent, c'est en vertu de la loi; il possède un pouvoir impliqué par la loi dont l'application lui est faite, et l'application de cette loi est subordonnée à cette condition que la désignation soit faite par un fonctionnaire qui serait lui-même compétent pour exercer les attributions déterminées par la loi. On ne peut donc tirer de la délégation de compétence aucune objection contre notre doctrine. Cf. Fornel de la Laurentie, *La délégation administrative*, thèse, Bordeaux, 1901.

On ne saurait non plus tirer argument de l'institution d'un *tribunal des conflits* chargé de statuer dans certains cas sur les revendications de compétence formulées par l'autorité administrative à l'encontre des tribunaux judiciaires. On sait que jusqu'à la loi du 24 mai 1872, sauf une courte interruption en 1848-1851, c'est le gouvernement qui statuait en conseil d'Etat sur les conflits d'attributions entre l'autorité administrative et les tribunaux judiciaires. Depuis la loi du 24 mai 1872, c'est un véritable tribunal, le tribunal des conflits, qui statue juridictionnellement sur ces conflits. En Allemagne et en Autriche existe un tribunal analogue, sous le nom de *tribunal de compétence*. Mais le fait qu'un véritable tribunal statue sur des conflits de compétence ne prouve nullement que la compétence soit un droit subjectif. Il y a là tout simplement un exemple de *juridiction objective* (cf. § 46). La seule question qui se pose est la question de savoir si un tribunal judiciaire, en se déclarant compétent, a violé ou non la règle de la séparation de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative; et cela est purement une question de droit objectif.

Si l'agent excède les limites de ses pouvoirs légaux, quelles en seront les conséquences? D'une manière

le, on peut dire qu'il y a alors *excès de pouvoir*, e sens étymologique même de l'expression. Mais lant, bien que la portée de cette expression isse chaque jour davantage, elle n'est pas em- pour désigner tout dépassement de pouvoir. Le e cette expression n'est pas le même non plus t qu'on l'applique aux fonctionnaires de l'ordre ire ou aux fonctionnaires de l'ordre adminis- Enfin, il n'est pas d'usage d'employer cette sion pour les violations de la loi fonctionnelle ses par un fonctionnaire faisant un acte non ue. Cette incertitude de la terminologie rend lièrement délicate la solution précise de la on posée.

ous semble cependant que d'une manière géné- ue l'agent fasse un acte juridique ou un acte ridique, il peut dépasser ses pouvoirs de trois es différentes :

agent fait une chose qu'il n'a pas légalement le r de faire pour une raison ou pour une autre, rce que cette chose est de la compétence d'un gent, soit parce que pour une raison quelconque est de la compétence d'aucun agent adminis- u judiciaire, soit parce qu'étant de la compé- l'un agent judiciaire elle est faite par un agent stratif ou réciproquement. Les différentes vio- de la loi de compétence pourront entraîner des uences différentes ; mais en réalité il y a tou- t seulement violation de la loi de compétence.

agent fait une chose qu'il a le pouvoir de faire; la fait sans que les formalités prescrites par la nt été accomplies, ou sans que ces formalités té régulièrement et complètement accomplies. ncore là dépassement de compétence. L'agent ompétent pour faire la chose considérée qu'à la on que certaines formes soient observées ; si l'ont pas été, le fonctionnaire a agi incompé- nt.

3° L'agent fait un acte qui rentre dans sa compétence, mais il le fait en poursuivant un but autre que celui que la loi avait en vue en lui donnant cette compétence. Il y a là encore véritablement dépassement de pouvoir. Lorsque c'est en faisant un acte d'ordre juridique que le fonctionnaire agit en vue d'un but autre que celui que la loi a eu en vue en lui donnant sa compétence, on dit, dans une terminologie définitivement reçue, qu'il y a *détournement de pouvoir.* Mais (on en donnera des exemples plus loin), cette sorte de violation de la loi fonctionnelle peut se présenter même pour des actes non juridiques ; nous proposons de l'appeler alors *abus de pouvoir.*

La jurisprudence du conseil d'Etat fait de plus en plus intervenir, dans l'appréciation des actes qui lui sont soumis, tant au point de vue de la validité qu'au point de vue de la responsabilité, l'élément *but*, et il a absolument raison. Tout acte juridique est un acte de volonté ; or, on l'a dit souvent, un acte de volonté doit s'apprécier avant tout par le but qui le détermine, et le fonctionnaire viole la loi de compétence aussi bien en faisant une chose qu'il n'a pas le pouvoir de faire, qu'en faisant une chose qu'il a le pouvoir de faire, mais dans un but qu'il n'a pas le pouvoir d'avoir en vue. Quant aux actes matér els, la question de savoir s'ils tombent sous la prise du droit dépend du but en vue duquel ils ont été voulus. La volon é qui les veut ne peut s'apprécier, relativement à sa réaction dans le monde du droit, qu'au point de vue du but qui l'a déterminée. Particulièrement beaucoup de questions de responsabilité des fonctionnaires et de l'Etat seront résolues facilement si l'on se place sans hésiter à ce point de vue.

Supposez d'abord qu'un agent administratif fasse un acte administratif proprement dit, entaché d'une des trois violations de la loi précédemment indiquées. On dit qu'il y a excès de pouvoir ou spécialement détournement de pouvoir quand l'acte a été fait contrairement au but de la loi ; souvent, d'ailleurs, on dit excès de pouvoir également pour les trois cas. Le droit français possède un moyen énergique de donner une sanction à la loi fonctionnelle qui se trouve ainsi violée. C'est le recours pour excès de pouvoir et le recours pour détournement de pouvoir qui n'en est qu'une application. Introduit par la jurisprudence du

il d'Etat, consacré par l'art. 9 de la loi du 24 mai
il a reçu depuis, de la jurisprudence, un large
oppement. Il forme une application typique de
ie nous avons appelé le contentieux objectif
46). Toute personne ayant un intérêt, même
ment moral, à faire annuler un acte entaché d'ex-
e pouvoir ou de détournement de pouvoir, peut
er le recours contentieux au conseil d'Etat dans
eux mois de la notification ou de la publication
cte attaqué (L. 18 avril 1900, art. 24).
l'acte est un acte juridictionnel administratif,
el est toujours possible, et le recours en cassa-
devant le conseil d'Etat pour les actes juridic-
els rendus en dernier ressort.
ant aux actes émanés d'une autorité judiciaire et
en violation d'une loi de compétence, leur nullité
être demandée, suivant les cas, par la voie de
el ou du pourvoi en cassation. Nos codes de
dure et d'instruction criminelle et la jurispru-
e de la cour suprême ont établi, à cet égard, des
s très complexes, parfois confuses (cf. § 46).
fin si l'on suppose un acte matériel fait par un
ionnaire au delà de ses pouvoirs, il ne peut
question évidemment de nullité et l'expression
ès de pouvoir et de détournement de pouvoir
point de mise. On pourrait dire peut-être *usur-
n de pouvoir*, si l'agent a fait un acte qu'il n'avait
pouvoir de faire; *abus de pouvoir*, s'il a fait
qu'il avait pouvoir de faire dans un but contraire
loi. On ne saurait parler ici de l'annulation de
puisqu'il n'y a point d'acte juridique et qu'on ne
point annuler un fait. La violation de la loi fonc-
elle sera le fondement d'une responsabilité, soit
agent, soit de l'Etat, suivant la distinction qui
faite au paragraphe suivant et qui est aujourd'hui
imement admise en jurisprudence, la distinction
la faute *personnelle* et la faute *fonctionnelle* de
nt.

Il y aura aussi responsabilité lorsque l'agent a fait une opération matérielle qu'il avait le pouvoir de faire, mais dans un but autre que celui qu'avait la loi en lui donnant ce pouvoir. C'est pour cette hypothèse que nous avons réservé l'expression *abus de pouvoir*, qui correspond à l'expression *abus de droit* en droit civil, laquelle désigne une théorie de la responsabilité entre particuliers, correspondante à la théorie du droit public. Cf. Josserand, *De l'abus des droits*, 1906.

Le conseil d'Etat a reconnu récemment le principe de la responsabilité de l'Etat, au cas d'abus de pouvoir d'un préfet, dans des conditions intéressantes (affaire Olivier et Zimmermann). Il s'agissait d'un arrêté du préfet des Basses-Pyrénées comprenant irrégulièrement une sablière dans les limites d'une rivière navigable (la Nive) ; le préfet l'avait fait exécuter en faisant condamner pour contravention de grande voirie celui qui se prétendait propriétaire et qui avait entouré la sablière d'une barrière. Sur la demande du propriétaire, le conseil d'Etat reconnaît la responsabilité de l'Etat pour exécution téméraire. « Considérant, est-il dit dans l'arrêt, que si le préfet a usé d'un droit qui lui est conféré par l'art. 69 de la loi du 22 juillet 1889 (exécution préalable), il n'a pu l'exercer qu'*aux risques et périls de l'administration ;* considérant que par décision du conseil d'Etat du 11 mars 1898, l'arrêté préfectoral de délimitation a été annulé, qu'ainsi les requérants sont fondés à demander la réparation du préjudice qui a été pour eux la conséquence de l'ordre que le préfet a donné aux agents de l'administration de procéder à l'exécution » (Cons. d'Etat, 27 février 1903. S., 1905, III, 17, avec une note très intéressante de M. Hauriou).

67. De la situation des agents. Discipline et responsabilité. — Le fonctionnaire a non seulement le pouvoir de procéder aux actes qui rentrent dans sa fonction ; mais il en a encore le devoir. Ce devoir, ayant le même fondement que le pouvoir, a naturellement le même caractère. Il n'est pas une obligation subjective ; il est une obligation légale résultant de la loi de la fonction. Comme le pouvoir du fonctionnaire, son devoir se modèle sur la loi fonctionnelle ; il n'est point déterminé une fois pour toutes par l'acte de nomination ; il est déterminé par la loi qui régit la fonction, et il suit toutes les modifications qui interviennent dans la loi de la fonction,

elle-ci augmente ou diminue l'étendue du devoir
s'impose au fonctionnaire. Une action n'existe
contre le fonctionnaire pour le forcer directe-
à accomplir ses obligations fonctionnelles, et
cadre très bien avec le caractère objectif des
ations fonctionnelles. Mais l'administration supé-
e, en vertu même de la loi de la fonction, a des
ns très énergiques, organisés par tous les légis-
rs modernes sur des principes à peu près identi-
; c'est essentiellement la discipline, la hiérarchie
contrôle. Mais ces moyens n'ont rien de commun
l'action venant sanctionner une obligation sub-
e.

discipline. — Elle est la sanction du pouvoir de
illance qui appartient à l'administration supé-
e sur les fonctionnaires subordonnés pour garan-
accomplissement par eux de leurs obligations
ionnelles. Le mot surveillance, qui se rencontre
rarement dans les traités doctrinaux de langue
aise, n'est point cependant étranger à la termi-
gie de notre législateur. Il se trouve dans plu-
s lois de la période révolutionnaire, et notamment
la loi du 14 décembre 1789, art. 50; on le lit
dans certaines lois administratives modernes,
nment dans l'art. 91 de la loi du 5 avril 1884. Il
rte toutefois de bien distinguer la surveillance
res institutions avec lesquelles on la confond
nt, et notamment de la hiérarchie et du con-

surveillance n'est pas la hiérarchie ; car elle
rce sur tous les agents sans distinction, quel que
eur mode de nomination, quelles que soient la
e et l'étendue de leurs attributions, sur les agents
nés et les agents élus, sur les agents judiciaires,
s agents administratifs, qu'ils fassent des actes
orité, ou des actes de gestion, ou même simple-
des opérations matérielles. Au contraire la hié-
ie, comprise avec sa portée véritable, ne peut

subordonner les uns aux autres que des agents faisant des actes d'autorité et à l'occasion d'un acte d'autorité. Quant au contrôle, il ne s'exerce que sur des agents décentralisés ; il se distingue aussi bien de la surveillance que de la hiérarchie. L'agent investi de la compétence de contrôle peut refuser son approbation à un acte fait par un agent décentralisé, et même l'annuler, mais il ne peut point le réformer, lui substituer sa propre décision, comme le peut faire le supérieur hiérarchique. D'autre part, la surveillance, à la différence du contrôle, ne donne point compétence pour annuler ou refuser d'approuver un acte; mais à la différence de la surveillance, le contrôle ne donne point à l'agent de contrôle le droit de commander un acte.

La *surveillance* implique d'abord, pour l'agent investi de ce pouvoir, la possibilité d'adresser des instructions aux agents surveillés, instructions par voie individuelle, instructions par voie générale (circulaire), instructions proprement dites indiquant à l'agent surveillé la ligne de conduite à suivre, mais lui laissant une liberté d'appréciation, *ordre de service* imposant à l'agent l'obligation d'agir dans tel cas prévu d'une manière strictement déterminée.

Ni l'instruction ni l'ordre de service, émanés du fonctionnaire compétent, ne font naître à l'égard du fonctionnaire inférieur une obligation juridique subjective de s'y conformer. Cf. *supra*, § 38 et arrêts cons. Etat, 7 juill. 1905, *Rec.*, p. 609 et 611, et *Revue du droit public*, 1906, p. 246.

La surveillance a pour sanction la *discipline* des fonctionnaires, laquelle se traduit dans les actes disciplinaires, c'est-à-dire dans les décisions d'un fonctionnaire frappant un autre fonctionnaire d'une certaine répression pour une faute commise dans l'exercice de ses fonctions ou pour une faute pouvant réagir sur l'exercice de ses fonctions.

Le pouvoir disciplinaire. — C'est une des questions les plus délicates du droit public que celle du vrai caractère du pouvoir disciplinaire et de son fondement. La répression disciplinaire se distingue-t-elle de la répression pénale? Repose-t-elle sur le même fondement ou sur un fondement différent?

notre avis, la répression disciplinaire est une répression pénale oint de vue de son fondement, en ce sens qu'elle s'explique par même conception de l'Etat. Si l'on rattache le pouvoir de réion pénale à l'*imperium* de l'Etat, c'est aussi de lui que dérive pression disciplinaire. Si l'on nie la réalité et la légitimité de *erium* étatique en soi, si l'on explique la répression pénale e pouvoir légitime, à certaines époques et dans certains pays, les plus forts d'assurer l'observation de certains normes par enace d'une pénalité, c'est aussi la même idée qui sera le fonent de la répression disciplinaire. La répression disciplinaire onc une répression pénale ; mais c'est une répression pénale 'exerce en tout ou en partie au moyen d'actes administratifs, n pas, comme la répression pénale, au moyen d'actes juridicels. On a montré au § 46 que les décisions rendues en matière le étaient des actes de juridiction objective, des actes de juriɔn objective parce que l'autorité qui les rendait n'avait point à aterl'existence ou l'étendue d'une situation juridique préexis-, mais seulement à résoudre la question de savoir si le droit tif, si la loi avaient été ou non violés, et une décision juridicelle parce que l'autorité répressive était liée étroitement et *uement* par le droit, sa décision devant être la conclusion d'un gisme dont la règle de droit était la majeure et la constatation it la mineure. L'autorité répressive est en effet liée logique- par la loi au point de vue du fait qui ne peut entraîner conation que s'il est prévu et défini par la loi, et au point de vue répression, la seule peine pouvant être prononcée étant celle ie par la loi et dans les limites fixées par elle.

contraire, la décision disciplinaire est restée une décision nistrative ; elle est une décision pénale qui n'a pas été juridicalisée. D'abord dans les pays où existe la séparation de l'ordre nistratif et de l'ordre judiciaire, la décision est prise par des ts administratifs. Tantôt c'est le gouvernement agissant comme ne administratif; le plus habituellement, l'agent disciplinaire étent est le ministre au département duquel ressortit le foncaire intéressé ou simplement les chefs de service ; le préfet et ire ont un pouvoir disciplinaire étendu. Pour les fonctionnaiidiciaires, le pouvoir disciplinaire appartient à la cour de cas- constituée en *conseil supérieur de la magistrature* (L. ût 1883, art. 13), et cette désignation suffit à montrer que ce pas comme juridiction judiciaire qu'elle intervient. On peut re autant des cours et des tribunaux statuant comme conseils linaires des officiers ministériels et des avocats. En général, rité qui exerce la discipline n'est liée en aucune espèce de par des lois ou des règlements, au point de vue des faits peuvent entraîner une répression disciplinaire. Elle peut apr d'une manière absolument discrétionnaire les faits suscep- d'entraîner à son avis une répression disciplinaire. Ce sont

non seulement des négligences, des faits plus ou moins graves commis dans le service, mais aussi des faits de la vie privée susceptibles de réagir sur le service. En un mot, tandis que la juridiction pénale, étroitement limitée par les termes de la loi, ne peut infliger une peine que pour un fait prévu, défini et qualifié d'infraction par la loi, l'agent disciplinaire peut apprécier lui-même en toute liberté les faits susceptibles d'entraîner une répression. Il y a cependant des exceptions.

Enfin l'agent disciplinaire possède aussi toute latitude pour déterminer les peines qu'il prononcera. Il va sans dire cependant qu'il ne peut prononcer une peine qui serait une atteinte portée à la liberté personnelle ou à la propriété de l'agent : d'après le droit moderne et particulièrement d'après le droit français, la liberté et la propriété de tout individu sont placées sous la sauvegarde de l'autorité judiciaire. Cela ne reçoit d'exception que pour la discipline militaire : le supérieur peut infliger des peines privatives de liberté, déterminées d'ailleurs par les règlements. Les peines disciplinaires consistent essentiellement en des décisions relatives à l'exercice de la fonction elle-même. En France, d'après de nombreux règlements administratifs et surtout d'après d'anciennes traditions très nettement établies, les peines disciplinaires sont l'avertissement, la réprimande, la privation de tout ou partie du traitement, la suspension pendant un temps déterminé. Enfin la mise à la retraite d'office et la révocation sont souvent les peines disciplinaires les plus graves. Mais elles ne sont pas toujours des peines disciplinaires. Pour certains fonctionnaires, par exemple en France, pour les magistrats inamovibles, pour les professeurs et certains autres fonctionnaires, la révocation est toujours une peine disciplinaire. Pour d'autres fonctionnaires, elle ne l'est pas nécessairement : par exemple les préfets, les sous-préfets, les membres du parquet peuvent être révoqués d'une manière discrétionnaire sans qu'il y ait rien à leur reprocher.

Dans tous les pays et particulièrement en France, apparaît une tendance marquée de la répression disciplinaire à se rapprocher de la répression pénale, à se *juridictionnaliser*. Cette transformation s'explique naturellement par le besoin, qui se fait sentir plus pressant chaque jour, d'accorder à tous les individus, fonctionnaires ou simples particuliers, une protection aussi complète que possible contre l'arbitraire. Cette transformation se rattache aussi à l'idée très juste que si les agents se sentent mieux protégés contre l'arbitraire des chefs de service, ils gèreront plus utilement, avec plus de zèle et d'activité, les charges qui leur sont confiées. La tendance de la répression disciplinaire à se *juridictionnaliser* apparaît à divers points de vue. D'abord, très fréquemment, ce n'est plus le chef de service seul qui est compétent pour exercer la répression disciplinaire ; il est souvent obligé de prendre l'avis d'un conseil ; parfois même la décision disciplinaire est prise par un corps organisé en

on et s'impose au chef de service. Quelquefois les peines aires, qui peuvent être prononcées, sont énumérées limita- par les lois et les règlements, et l'autorité disciplinaire, service ou conseil de discipline, ne peut prononcer que la si prévue. Enfin certaines lois ébauchent une définition de disciplinaire. On peut citer comme exemple l'art. 14 de la août 1883 sur la réforme de la magistrature.

ur ce dernier point que l'évolution est le moins avancée. utes les législations modernes subsiste encore cette diffé- tre la répression pénale et la répression disciplinaire : l'une intervenir que pour un fait prévu et défini comme infraction , l'autre peut intervenir pour un fait dont il est loisible à compétent de décider s'il constitue une faute susceptible ner une répression. Mais nous sommes convaincu qu'il arri- moment où pour la répression d'une faute de service, il y véritable juridiction devant laquelle se déroulera un débat ctoire, un moment où il y aura une définition légale et une tion limitative des faits pouvant constituer une faute de et une énumération légale et limitative des peines pouvant noncées pour réprimer cette faute. Alors la répression dis- e sera complètement *juridictionnalisée;* elle aura le même que la répression pénale. Mais aura-t-elle le même do- La portée pratique de la question est celle-ci. Sans doute faits pourront être des infractions disciplinaires, sans être ctions pénales et ne donneront lieu qu'à une répression aire juridictionnalisée. Mais si l'on suppose un fait prévu à r la loi pénale et la loi disciplinaire, pourra-t-il être pour- ant la juridiction pénale et devant la juridiction discipli- ayant été acquitté par la juridiction pénale, le fonctionnaire il être condamné par la juridiction disciplinaire ? Dans uel du droit, il est certain qu'il peut l'être, et c'est logique 'autorité disciplinaire a une liberté d'appréciation complète rminer le fait susceptible d'entraîner une peine discipli- ais nous sommes tenté de croire que lorsque la répres- ciplinaire sera complètement *juridictionnalisée*, elle se a complètement avec la répression pénale, et par consé- fonctionnaire ayant été acquitté par la juridiction pénale, a pas être poursuivi par le même fait devant la juridiction ire. Il y aurait alors des poursuites répressives pour le t, ce qui est contraire au principe de toute équité formulé ieil adage *non bis in idem*. Nous croyons en un mot que ations modernes évoluent non seulement vers l'assimilation répressions, mais même vers la disparition complète de la n disciplinaire.

t rattacher à l'évolution qu'on vient d'indiquer la disposi- art. 65 de la loi des finances du 22 avril 1905 : « Tous les aires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de

toutes les administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques et autres documents composant leur dossier, soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardés dans leur avancement à l'ancienneté ».

Dans sa thèse de doctorat, intitulée *De la répression disciplinaire*, Bordeaux, 1902, M. Bonnard a développé une idée intéressante. Il pense que le droit disciplinaire est le droit pénal des corporations distinctes de l'Etat, qu'il y a donc une différence de fondement et d'étendue entre la répression disciplinaire et la répression pénale, que les fonctions publiques dans le droit moderne tendent à s'organiser en corporations, et que le droit disciplinaire des fonctions publiques est le droit pénal des corporations *fonctionnelles*, que cela explique très bien les tendances notables dans les lois et les règlements modernes sur la discipline, à donner le pouvoir disciplinaire à des sortes de conseils corporatifs composés des hauts fonctionnaires du service public auquel appartient le fonctionnaire incriminé. V. notamment L. 30 août 1883 pour le conseil supérieur de la magistrature, la loi du 27 février 1880, sur le conseil supérieur de l'instruction publique, les décrets des 15 juillet 1897, 29 juillet, 29 octobre, 1er décembre 1899 pour la discipline des employés de divers ministères. D'après l'auteur cela expliquerait d'une part pourquoi la peine ne peut jamais consister qu'en une atteinte à la situation corporative ou fonctionnelle de l'inculpé et d'autre part pourquoi les répressions pénale et disciplinaire sont et seront toujours distinctes, pourquoi le même individu pourra toujours pour le même fait être acquitté par la juridiction pénale, condamné par la juridiction disciplinaire.

M. Jellinek estime que la répression disciplinaire est complètement distincte de la répression pénale, qu'elle ne dérive point de la puissance commandante de l'Etat (*Herrschaft*) de laquelle dérive au contraire certainement la répression pénale. « La puissance de discipline, dit-il, n'est point la puissance de la *Herrschaft* ». Les raisons qu'en donne le savant auteur sont de deux sortes. D'abord, dit-il, il n'y a pas que l'Etat qui ait un pouvoir disciplinaire : les communes, les églises, les sociétés, les établissements publics et même les simples particuliers possèdent un pouvoir de discipline : par exemple le père sur ses enfants, l'employeur sur ses employés. D'autre part si le pouvoir disciplinaire était un dérivé de la puissance de l'Etat, celui-ci aurait certainement le droit de contraindre directement le fonctionnaire à l'accomplissement du service fonctionnel ; or, dit M. Jellinek, l'Etat ne peut pas contraindre directement les fonctionnaires à obéir aux ordres de service ; il peut seulement les révoquer s'ils ne les exécutent pas. La discipline des fonctionnaires, dit le savant professeur, a pour fondement le *contrat de service public* intervenu entre l'Etat et le fonctionnaire (cf. *supra*, § 65), contrat duquel naît pour l'Etat le droit d'assurer de la

fonctionnaire l'accomplissement exact de la mission rentrant fonction et le pouvoir de le révoquer s'il ne remplit pas les ons qu'il a prises, comme l'employeur peut renvoyer l'ou-fidèle à ses devoirs, une communauté, une église ou une exclure le membre qui s'insurge contre le but social. Si l'on nd ainsi le fondement de la discipline, dit M. Jellinek, on nd comment d'une part la faute disciplinaire n'est pas défi-e manière générale par la loi et peut être librement appré-l'agent chargé d'exercer cette discipline. En effet, l'Etat enant pas ici comme souverain appliquant une peine pour qualifié, mais comme contractant, possède, en vertu du con-droit d'apprécier en pleine liberté si son employé remplit mal la charge qu'il a acceptée. D'autre part, on comprend i les peines disciplinaires ne sont pas prononcées par une e juridiction. Enfin on comprend comment la discipline ne jamais de peines corporelles et que la peine disciplinaire forte soit l'exclusion ou la révocation. En effet, la faute con-r le fonctionnaire dans l'atteinte portée au lien qui l'unit dans le mauvais accomplissement de sa mission fonction-n le punira en lui retirant cette mission (Jellinek, *System*, 1905, p. 214 et suiv.).

ne comprenons guère ce pouvoir de l'Etat qui ne serait pas ance commandante de l'Etat, et d'autre part il faudrait er, ce que ne fait point M. Jellinek, que le pouvoir disci-auquel sont soumis les fonctionnaires de l'Etat est quelque identique au droit du père de famille sur ses enfants, à la qui appartient à une association d'exclure ceux de ses mem-i, par exemple, ne paient pas leur cotisation, au droit , non d'ailleurs sans contestation, à l'employeur de faire sous le nom d'amende, des retenues sur le salaire de ses s. Il nous semble qu'il y a là des choses absolument diffé-De plus, le système de M. Jellinek a le défaut très grand de expliquer l'évolution mise plus haut en relief et suivant la répression disciplinaire tend constamment à s'identifier à ssion pénale.

discipline outre les auteurs déjà cités, cons. Drouille, *Le disciplinaire*, thèse Toulouse, 1900; Nézard, *Les prin-néraux du droit disciplinaire*, thèse Paris, 1903; Du-*tat, les gouvernants et les agents*, 1903, p. 462 et suiv.; *Die rechtliche Natur der Disziplinarstrafe*, thèse Erlan-2.

iérarchie. — Tous les agents sont soumis à un r disciplinaire; quelques-uns sont soumis en au pouvoir hiérarchique, qui, d'une manière le, est le pouvoir qui appartient à un agent de dre, d'annuler ou de réformer un acte fait par

un autre agent. De ce pouvoir naît pour l'agent qui peut suspendre, annuler ou réformer, la qualité d'agent supérieur par rapport à l'agent dont l'acte peut être suspendu, annulé ou réformé. Cette définition de la hiérarchie répond tout à fait au but pour lequel elle a été établie : garantir les particuliers et les services publics contre les conséquences d'un acte illégal ou inopportun ; elle doit, dès lors, consister essentiellement dans la compétence reconnue par la loi à un agent, d'anéantir ces conséquences. Cf. pour plus de détails les traités de droit administratif et notre volume, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, 1903, p. 454 et suiv.

Le contrôle. — Le pouvoir de contrôle, tel que nous le comprenons, ne s'applique qu'aux agents dits décentralisés, et dont un des caractères principaux et habituels est de ne point être nommés par le pouvoir central, mais d'être élus par une circonscription locale déterminée. C'est une question dont la discussion ne vient point ici de savoir si les circonscriptions locales sont, par concession de l'Etat unitaire, titulaires de certains droits de puissance, et si les agents décentralisés ne font qu'exercer les droits dont seraient titulaires ces circonscriptions (cf. § 32). Quoi qu'il en soit de ce point nous croyons qu'un des caractères essentiels des agents décentralisés, c'est d'être soumis seulement au contrôle et point au pouvoir hiérarchique des agents de l'administration centrale. Le supérieur hiérarchique, on vient de le dire, peut suspendre, annuler et même réformer l'acte de l'inférieur et substituer à la décision de celui-ci sa décision propre. L'agent investi du pouvoir de contrôle peut refuser d'approuver, peut suspendre, peut même annuler, mais ne peut point réformer les actes des fonctionnaires décentralisés. Souvent la décision que prend l'agent décentralisé n'est pas définitive par elle-même ; ou bien, quoique définitive par elle-même, elle peut être annulée par l'agent de contrôle ; mais celui-ci

it jamais substituer sa décision à celle de l'agent
ralisé et réformer sa décision.

lement, deux caractères essentiels distinguent
ents décentralisés des agents centralisés. Ils
stitués sans le concours des agents du pouvoir
l; ils sont soumis à un pouvoir de contrôle, et
à un pouvoir hiérarchique.

oit de contrôle est souvent appelé dans la langue courante
tutelle, expression inexacte, d'abord parce qu'il n'y a point
onne en tutelle. En effet, en admettant la personnalité de la
ription administrative décentralisée, elle n'est point en
puisqu'elle n'est point représentée par l'agent de contrôle.
parce qu'il n'y a point de tuteur puisque l'agent de con-
ut refuser d'approuver ou annuler, deux choses qui ne sont
e rôle d'un tuteur. A tout prendre l'expression importe peu,
st d'accord sur la situation qu'elle désigne.

lois administratives françaises ont organisé un système
ment compliqué, ingénieux et savant, de contrôle exercé
gouvernement central et ses agents sur les agents et les
écentralisés, conseils généraux, commission départemen-
10 août 1871, art. 33, 34, 47, 48, 49, 88), conseils munici-
maires (L. 5 avril 1884, art. 63-69, 85, 91, 92, 95 et 99).
uit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 719 et suiv.,
t suiv., et tous les traités de droit administratif.

responsabilité. — Le dernier mode de sanction
ligations imposées aux agents est leur respon-
é. Ce point soulève, du reste, une des questions
s graves du droit public et on peut dire que
ucun pays n'existe une législation complète sur
onsabilité des fonctionnaires. A peine la juris-
ice française commence-t-elle à élaborer quel-
ègles précises sur ce point.

incipe de la responsabilité des fonctionnaires avait été con-
ar les auteurs de nos constitutions et de nos lois adminis-
de l'époque révolutionnaire, comme le principe essentiel-
protecteur de la liberté individuelle contre l'arbitraire du
. Il était formulé en termes très généraux par l'art. 15 de
ration des droits de 1789 : « La société a le droit de deman-
pte à tout agent public de son administration », duquel il
procher les articles suivants de la constitution de 1791,
pr., art. 4; tit. III, chap. III, sect. I, art. 1 et 2; tit. III,
art. 23; tit. V, art. 3. L'art. 24 de la Déclaration des droits
formulait ce principe d'une manière particulièrement éner-

gique : « Elle (la garantie sociale) ne peut exister si les limites des fonctions publiques ne sont pas clairement déterminées par la loi et si la responsabilité de tous les fonctionnaires n'est pas assurée ». Rap. Déclaration des droits de 1793, art. 31; Const. 1793, art. 55, 71-73, 83; Déclaration des droits de l'an III, art. 22; Const. an III, art. 200, 201, 323; Const. an VIII, art. 69-75; Const. 1848, art. 68 et 99. Mais, malgré le nombre de ces textes, malgré leur rigueur, le principe de la responsabilité des fonctionnaires n'a jamais été mis en œuvre par une loi d'ensemble.

Certains agents se trouvent, au point de vue de la responsabilité, dans une situation toute particulière, comme conséquence du régime politique actuel de la France, ce sont les ministres. En tant que membres du gouvernement, ils sont atteints par la responsabilité politique et solidaire devant les chambres, responsabilité qui (on l'a montré au § 61) forme l'élément essentiel du régime parlementaire. Toujours comme membres du gouvernement, ils peuvent être atteints par une responsabilité individuelle, mais qui est encore mise en jeu par les chambres, responsabilité pénale pour crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions (L. 16 juillet 1875, art. 12), et responsabilité civile pour préjudice pécuniaire occasionné à l'Etat. Le principe de la responsabilité civile des ministres ne peut, ce nous semble, faire doute; il est consacré implicitement par l'art. 6 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, mais son application donne lieu à des difficultés particulières qui seront étudiées plus tard (cf. § 146). Les ministres, dans le régime parlementaire, ne sont pas seulement membres du gouvernement, ils sont encore des agents administratifs, chefs hiérarchiques des fonctionnaires ressortissant à leur département, mais véritablement des agents administratifs. A ce titre, ils sont soumis au droit commun de la responsabilité des fonctionnaires. Il n'est point sans difficulté de déterminer ce droit commun.

La responsabilité pénale, il est vrai, ne peut guère soulever de difficultés. Chaque législation a déterminé un certain nombre de cas où la violation de la loi fonctionnelle par l'agent constitue une infraction

. On peut citer les art. 114 à 131 et 166 à 198 de
code pénal. Les décisions, à cet égard, de cha-
gislation positive, sont déterminées par les idées
législateur se forme, à une époque et dans un
onné, du domaine de la répression pénale. Tout
on peut dire ici, c'est que la tendance du droit
ne est certainement de restreindre l'étendue de
ession pénale en ce qui concerne les fautes des
nnaires. En France, les différents articles du
énal qu'on vient de citer, ne sont appliqués que
e très rares occasions et les législations pénales
s récentes ne contiennent qu'un petit nombre de
itions relatives aux infractions fonctionnelles.
contraire, le domaine de la responsabilité civile
nctionnaires va certainement en s'accroissant,
'est une matière qui soulève de très graves dif-
s. Notre intention n'est point de les étudier en
mais seulement de montrer la solution géné-
à laquelle conduit notre notion de la fonction
ue, qui cadre assez exactement d'ailleurs avec
isions de la jurisprudence française.
e fonctionnaire a agi dans l'esprit de sa fonc-
c'est-à-dire en poursuivant effectivement le but
it l'Etat en établissant cette fonction, il ne peut
sponsable ni vis-à-vis de l'Etat, ni vis-à-vis des
uliers, alors même qu'il ait commis une faute.
peut être responsable vis-à-vis des particuliers.
et l'acte étant accompli dans un but étatique,
e but même pour lequel a été établie la fonction
ue considérée et auquel se trouvent par consé-
affectés les biens formant le patrimoine de l'Etat,
e patrimoine qui doit supporter tous les risques
sultent de l'accomplissement de cet acte, et il
s supporter définitivement sans recours contre le
nnaire, qui ainsi n'est alors responsable ni
is de l'Etat, ni vis-à-vis des particuliers lésés.
au contraire si le fonctionnaire, en faisant un
e sa fonction, a commis une faute qui implique

de sa part l'intention de poursuivre un but autre que celui qu'avait en vue l'Etat en établissant la fonction considérée, alors il est responsable vis-à-vis des particuliers lésés.

C'est, sous une forme un peu différente, la distinction établie par la jurisprudence et admise par la plupart des auteurs entre la faute de fonction et la faute personnelle, la faute personnelle pouvant seule fonder la responsabilité des fonctionnaires. Mais il nous semble qu'en présentant la distinction comme nous le faisons, on a l'avantage d'en donner en même temps la justification. En effet on voit d'une part que la faute de fonction étant celle qui est commise bien que le fonctionnaire n'ait d'autre but que celui qu'a eu l'Etat en établissant la fonction, l'Etat seul doit être responsable, parce que c'est lui qui doit supporter le risque provenant de la négligence, de la maladresse, de la faute même du fonctionnaire. Si au contraire il y a faute personnelle, l'Etat ne peut pas être responsable, parce que le fonctionnaire est alors sorti du but étatique et c'est lui-même qui doit réparer le préjudice causé.

Cette distinction de la faute personnelle et de la faute de fonction est admise aujourd'hui d'une façon constante par la jurisprudence française et aussi par la plupart des auteurs. Mais on ne s'entend point sur la manière d'apprécier la faute personnelle. Suivant une formule fréquemment employée par M. Hauriou, pour que le fonctionnaire soit responsable, pour qu'il y ait faute personnelle, il faut que le fait qui constitue la faute soit détachable de l'acte administratif. Mais cela ne dit point comment on reconnaîtra que le fait qui constitue la faute est détachable de l'acte administratif. On a voulu aussi parfois distinguer la faute de fonction et la faute personnelle par le degré de gravité de la faute (Hauriou, *Note* sous jugement du tribunal des conflits, 26 juin 1897, S., 98. III. 49). A notre avis, le degré de faute peut influer sur l'éten-

le la responsabilité; il n'aura aucune conséquence e principe même de cette responsabilité. Quand le ionnaire veut gérer son service, alors même qu'il re très mal, alors même qu'il commette une faute sière, il n'y a pas à vrai dire de fait personnel; il un fait fonctionnel qui constitue une faute sans e, mais qui ne peut entraîner que la responsabi-le l'Etat. Le fait personnel n'apparaît que lorsque nctionnaire a, à l'occasion d'un acte administratif, suivi un but autre que celui de la gestion de sa ion; sa faute peut alors être très légère, mais elle néanmoins toujours une faute personnelle, pou-entrainer sa responsabilité.

lques exemples empruntés à la jurisprudence la plus récente ent confirmer notre conception. Il y a incontestablement personnelle dans le fait d'un maire qui, sous couleur de se rmer au décret réglementaire du 2 février 1852, ordonnant her avant toute élection un tableau rectificatif de la liste rale, fait placarder un avis spécial annonçant la faillite d'un ur; il sort de l'esprit de sa fonction et sa responsabilité per-lle est certainement engagée (Trib. des conflits, 4 décembre S., 99. 3. 95, avec une note de M. Hauriou; rapprocher deux ents du tribunal des conflits du 9 décembre 1899 et du vier 1900, S., 1900. 3. 88, avec une note de M. Hauriou, et rs 1902, S., 1905. 3. 15). Il y a encore faute personnelle dans d'un maire faisant démolir, en dehors de ses attributions, un tabli par un propriétaire le long d'un ruisseau, faute person-pouvant entraîner la responsabilité du maire, appréciée par bunaux judiciaires (Trib. des conflits, 24 décembre 1904, *Rec. d'Etat*, p. 888). Il n'y a pas au contraire faute personnelle e fait, déjà cité, du préfet des Basses-Pyrénées, procédant exécution téméraire d'un acte administratif, annulé ensuite conseil d'Etat; cette exécution téméraire entraîne la respon-é de l'Etat et point celle du fonctionnaire (Cons. d'Etat, rier 1903, S., 1905. 3. 17). Dans la note écrite par M. Hauriou asion de cet arrêt il abandonne très justement, selon nou , trine développée précédemment par lui et d'après laquelle la ction de la faute de fonction et de la faute personnelle devait éterminée d'après le degré de la faute; il dit en effet: « I s'en tenir pour le fait personnel à la définition qu'en donne ferrière, c'est-à-dire le caractériser par l'apparition des pas-personnelles de l'agent. Il ne faudra plus parler de faute e. Ici la faute était lourde; mais le préfet n'avait pas cessé comme un administrateur, puisqu'il avait obéi à cette ten-

dance, bien administrative, de couvrir quand même ses subordonnés » (S., 1905. 3, p. 20, 2e col.). Il n'y a pas faute personnelle dans le fait d'un facteur télégraphiste qui apporte un télégramme par erreur à une adresse autre que celle exactement indiquée sur l'adresse (Trib. des conflits, février 1906, *Le Temps*, 20 février 1906). Mais il y aurait faute personnelle dans le fait du facteur télégraphiste qui, au lieu d'apporter le télégramme à l'adresse indiquée, l'apporte à une autre adresse où il croit trouver plus facilement ou plus sûrement le destinataire.

La distinction du fait personnel et de la faute de fonction était déjà consacrée par nos lois en matière de prise à partie, pour les magistrats de l'ordre judiciaire, par l'art. 505 du code de procédure. On n'a fait en somme qu'appliquer aux fonctionnaires administratifs l'idée générale qui paraît avoir inspiré l'art. 505. On s'est demandé parfois pourquoi, quelque grossière que fût leur erreur ou leur négligence, les magistrats de l'ordre judiciaire n'étaient pas personnellement responsables et pourquoi, en cas d'erreur judiciaire, la loi du 8 juin 1895 a mis les dommages et intérêts à la charge de l'Etat et non des magistrats qui le plus souvent par leur légèreté, leur imprévoyance, ont occasionné l'erreur judiciaire. Tout cela est très logique. Il n'y a point de différence à faire, relativement à la responsabilité, entre le fonctionnaire administratif et le fonctionnaire judiciaire. Quelque grave qu'ait été la négligence du magistrat, quelque grossière qu'ait été son erreur, si en agissant comme il l'a fait il n'a eu d'autre but que de remplir ses fonctions judiciaires, qu'il a mal remplies, mais qu'il avait l'intention de remplir, sa responsabilité vis-à-vis des particuliers ne peut exister. Sa responsabilité ne naîtra que lorsqu'il y aura de sa part un fait qui marque son intention de se placer en dehors de l'esprit qui a inspiré le législateur en lui donnant une certaine fonction. Seulement, dans notre législation, pour les membres de l'ordre judiciaire, sont indiqués d'une manière limitative les faits qui doivent être considérés comme révélant l'intention du magistrat de sortir de ses fonctions; encore ces indications sont-elles données par le législateur dans des termes très généraux, qui laissent à la juridiction saisie une très large liberté d'appréciation.

Le code civil allemand formule dans son article 839 un principe tout à fait analogue à notre distinction de la faute de fonction et de la faute personnelle. « Le fonctionnaire qui intentionnellement ou par négligence viole un *devoir professionnel* lui incombant vis-à-vis d'un tiers, doit réparer vis-à-vis celui-ci le dommage causé. Si le fonctionnaire n'est coupable que de négligence, il ne peut être pris à partie que lorsque le lésé ne peut obtenir réparation d'une autre manière ». Ce texte implique assurément une appréciation en fait de la responsabilité du fonctionnaire plus rigoureuse que celle que nous proposons ; mais le principe est le même.

La question de savoir quel est le tribunal compétent pour sta-

tuer sur les responsabilités des fonctionnaires a soulevé en France beaucoup de difficultés aujourd'hui résolues par la jurisprudence. L'art. 75 de la constitution de l'an VIII portait : « Les agents du gouvernement autres que les ministres ne peuvent être poursuivis pour les faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du conseil d'Etat ; en ce cas la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires ». Cette disposition fut appliquée comme loi ordinaire jusqu'en 1870. Constamment attaquée par le parti libéral comme contraire aux vrais principes du gouvernement libre, elle fut abrogée par le décret du Gouvernement de la Défense nationale du 19 septembre 1870 : « L'art. 75 de la constitution de l'an VIII est abrogé. Sont également abrogées toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre ». L'application de ce texte souleva de nombreuses difficultés. On se demanda si désormais les tribunaux judiciaires se trouvaient compétents pour apprécier tous les éléments d'un acte administratif susceptibles d'entrainer la responsabilité des fonctionnaires ; on se demanda si en donnant une pareille solution on ne portait pas atteinte à la règle, que le décret de 1870 n'avait certainement pas voulu abroger, de la séparation de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative et de l'incompétence des tribunaux judiciaires pour apprécier les actes administratifs. Sur ces points la jurisprudence a été fixée par un jugement du tribunal des conflits du 26 juillet 1873 rendu sur le rapport de M. Mercier, plus tard premier président à la cour de cassation, dans l'affaire Pelletier (poursuite par le propriétaire d'un journal suspendu contre le général Ladmirault, commandant l'état de siège dans le département de l'Oise). Il y est dit : «... Le décret... qui abroge l'art. 75 de la constitution de l'an VIII n'a eu d'autre effet que de supprimer la fin de non-recevoir résultant du défaut d'autorisation et de rendre ainsi aux tribunaux judiciaires toute leur liberté d'action, *dans les limites de leur compétence ;* mais il n'a pu avoir également pour conséquence d'étendre les limites de leur juridiction, de supprimer la prohibition qui leur est faite... de connaître des actes administratifs et d'interdire dans ce cas à l'autorité administrative le droit d'élever le déclinatoire et d'élever l'arrêté de conflit... Une telle interprétation serait inconciliable avec la loi du 24 mai 1872 qui, en instituant le tribunal des conflits, consacre à nouveau le principe de la séparation des pouvoirs et les règles de compétence qui en découlent... » Le jugement relève ensuite le caractère administratif des décisions invoquées à l'appui de la poursuite ; et il constate « qu'en dehors de cet acte le demandeur n'impute aux défendeurs *aucuns faits personnels* de nature à engager leur responsabilité particulière... » Ainsi était posé le principe de la distinction du fait personnel et de la faute de fonction. V. le texte du jugement du tribunal des conflits du 26 juillet 1873, *Recueil du conseil d'Etat,* 1873, 1er supplément,

p. 117 et S., 74. II. 28. Cette jurisprudence est restée intacte depuis 1873; et finalement en voici les conséquences principales. Tout individu qui se prétend lésé par le fait d'un fonctionnaire le cite devant le tribunal judiciaire. Si l'autorité administrative n'élève pas le conflit, elle reconnaît qu'il y a fait personnel du fonctionnaire et le tribunal judiciaire apprécie en pleine liberté si et dans quelle mesure ce fait personnel peut entraîner la responsabilité. Si au contraire l'autorité administrative élève le conflit, le tribunal des conflits est appelé à juger si le fait reproché au fonctionnaire est un fait personnel détachable de l'acte administratif; s'il juge que non, il confirme l'arrêté de conflit, et le tribunal judiciaire est dessaisi; s'il juge au contraire que oui, il annule l'arrêté de conflit, et le tribunal judiciaire apprécie en toute liberté le fait personnel et ses conséquences au point de vue de la responsabilité du fonctionnaire. Finalement la seule différence entre le système actuel et celui de la constitution de l'an VIII, c'est qu'avant 1870 la poursuite contre les fonctionnaires était subordonnée à l'autorisation du conseil d'Etat, et qu'aujourd'hui elle est subordonnée à l'autorisation du tribunal des conflits. Sur cette question de compétence, cf. Laferrière, *Juridiction et contentieux*, 2e édit., I, p. 646; Hauriou, *Droit administratif*, 5e édit., p. 255; Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*, 1901, p. 115, qui critique vivement la jurisprudence du tribunal des conflits.

Sur la théorie générale de la responsabilité des fonctionnaires, outre les auteurs déjà cités, cons. Perreau, *La responsabilité des fonctionnaires*, thèse Bordeaux, 1894; Depaule, *Responsabilité des fonctionnaires*, thèse Toulouse, 1902; Nézard, *Théorie juridique de la fonction publique*, thèse Paris, 1901, p. 722 et suiv.; *Répertoire* Becquet et Laferrière, vo *Fonctionnaires*, nos 269 et suiv.; Berthélemy, *Poursuites contre les fonctionnaires*, *Revue générale d'administration*, 1898, I, p. 5; Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, 1905, p. 272 et suiv., p. 280 et suiv.; Saleilles, *Revue du droit public*, 1901, II, p. 258, note 2; Geser, *Die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten*, Fribourg, 1899; Freund, *Die Verantwortlichkeit der Beamten*, *Archiv für offentl. Recht*, I, p. 108 et 365.

68. De la révocation des agents. — Les fonctionnaires peuvent toujours être révoqués. C'est un principe du droit public moderne. La révocation est l'acte contraire de la nomination. Mais elle a au fond le même caractère. Nous voulons dire que pas plus que la nomination elle ne crée par elle-même une situation juridique subjective. Elle est la condition de la cessation du pouvoir qui appartient au fonctionnaire et de la situation qui lui est faite. Mais la cause

véritable de la cessation de ce pouvoir et de la disparition de cette situation est toujours la loi de fonction, dont l'application à ce point de vue est conditionnée par l'acte de révocation accompli par une autorité compétente.

Pour expliquer juridiquement le droit de révocation, on a quelquefois prétendu que le fonctionnaire était lié à l'Etat par un louage de services à durée indéterminée, toujours résiliable à la volonté de l'une des parties (cf. Ferrand, *Résiliation du louage de service à durée indéterminée*, spécialement p. 79, thèse Paris, 1897). On a repoussé d'avance cette manière de voir en montrant (§ 65) que la nomination des fonctionnaires ne pouvait être ni de près ni de loin assimilée à un contrat. On a dit aussi que, la nomination du fonctionnaire étant un acte unilatéral, l'autorité qui l'a porté peut toujours le rapporter, à moins que la loi n'en décide autrement d'une manière expresse (cf. Hauriou, 5ᵉ édit., 1903, p. 567, note 1). Nous avons déjà dit (§ 65) que cette conception était inexacte parce qu'un acte unilatéral peut obliger celui qui le fait aussi rigoureusement qu'un acte contractuel. Enfin on a parfois vu dans la révocation l'exercice pur et simple du pouvoir disciplinaire. C'est là une conception beaucoup trop étroite, car la révocation est possible et intervient souvent sans qu'il y ait aucune faute, d'un ordre quelconque, à reprocher au fonctionnaire révoqué.

Le droit qui appartient en principe à l'Etat de révoquer *ad nutum* ses fonctionnaires est la conséquence logique et nécessaire du caractère que nous avons reconnu aux fonctionnaires. Il ne faut jamais perdre de vue que ce qui fait le fonctionnaire, c'est qu'il participe avec une certaine permanence au fonctionnement d'un service public, et qu'un service public est une sorte d'organisme destiné à assurer l'accomplissement d'une besogne qui s'impose juridiquement à l'Etat, à laquelle celui-ci ne peut pas se soustraire. Dès lors, de même qu'il est libre et qu'il doit être libre de choisir les agents fonctionnaires, de même il doit être libre de les renvoyer puisqu'il doit avoir la plus entière indépendance pour assurer le bon fonctionnement de ses services publics. Cette indépendance de l'Etat pour le choix et la révocation de ses fonctionnaires doit être d'autant plus complète

que, d'après une jurisprudence qui tend de plus en plus à s'affirmer (cf. § 96), l'Etat est responsable vis-à-vis des particuliers du préjudice à eux causé par le mauvais fonctionnement des services publics.

De ce qui vient d'être dit, il résulte, à l'inverse, que si l'on se trouve en présence d'agents de l'Etat qui ne sont pas des fonctionnaires proprements dits parce qu'ils ne sont pas associés d'une manière permanente au fonctionnement d'un service public, le droit de révocation proprement dit n'appartiendra point à l'Etat. Si, en fait, ces agents sont des mandataires, l'Etat pourra les révoquer comme tout mandant peut révoquer son mandataire. Si ces agents sont liés à l'Etat par un contrat de louage de services à durée indéterminée, on appliquera la règle de l'art. 1780 du code civil, modifié par la loi du 27 décembre 1890, décidant qu'un pareil contrat peut cesser par la volonté de l'une des parties, mais que la résiliation du contrat par la volonté d'un seul contractant peut donner lieu à des dommages et intérêts.

Le droit de révocation de l'Etat étant reconnu, il est soumis, au point de vue de la manière dont il s'exerce, à quelques règles générales. D'abord, en principe, la révocation peut toujours être faite et ne peut être faite que par l'autorité qui a fait la nomination. Cette règle n'est sans doute formulée nulle part ; mais elle est logique et elle est admise, d'une manière unanime et définitive, par la doctrine et la jurisprudence.

La jurisprudence admet aussi que dans le silence de la loi aucune règle ne s'impose pour la manière dont la révocation est portée à la connaissance de l'intéressé, que, par exemple, une notification individuelle n'est point nécessaire. La révocation peut même être faite tacitement par la nomination du successeur.

La révocation peut intervenir pour un motif quelconque, et l'auteur de la révocation n'est point obligé d'indiquer, dans l'acte de révocation, le motif qui la détermine. C'est en ce sens qu'on dit que la révocation est un acte de pure administration ou d'administration discrétionnaire. Expressions mauvaises : la première ne signifie rien et la seconde est inexacte ; elle semble impliquer qu'aucun recours n'est recevable contre un acte de révocation, ce qui

est faux, puisque le recours pour excès de pouvoir est certainement recevable contre une révocation faite par un fonctionnaire incompétent ou sans les formes légales, quand la loi exceptionnellement en exige. Mais il est exact que, dans l'opinion générale et d'après la pratique jusqu'ici suivie, la révocation peut être faite pour un motif quelconque dont l'organe faisant la révocation est souverain appréciateur.

Cependant, certaines décisions semblent annoncer l'établissement d'une jurisprudence d'après laquelle le conseil d'Etat serait compétent pour apprécier les motifs de la révocation et pour annuler sur le recours pour détournement de pouvoir une révocation faite pour un motif contraire à celui que la loi a eu en vue en donnant à une certaine autorité le droit de révocation. Par un arrêt du 27 novembre 1900, le conseil d'Etat a annulé l'acte d'un maire suspendant un agent de police pour une raison étrangère au service (S., 1900. III. 57). Par arrêt du 31 janvier 1902, le conseil d'Etat a annulé un décret prononçant la dissolution d'un conseil municipal pour irrégularité d'élections, jugeant ainsi que le gouvernement n'a pas le droit de prononcer la dissolution d'un conseil municipal pour un motif autre que celui que la loi a eu en vue, c'est-à-dire le bon fonctionnement du conseil municipal (*Recueil*, 1902, p. 55). Cf. *Revue du droit public*, 1904, p. 792 et suiv.

Pendant longtemps, on a décidé sans hésitation que le fonctionnaire révoqué pour une cause quelconque, mais régulièrement, ne pouvait jamais prétendre à une indemnité de la part de l'Etat, qui, agissant dans les limites de ses droits, ne pouvait être déclaré responsable. Ici encore certaines décisions du conseil d'Etat paraissent annoncer l'établissement d'une jurisprudence d'après laquelle le fonctionnaire régulièrement révoqué, mais n'ayant rien à se reprocher, pourra obtenir de l'Etat, de la commune, une indemnité. Par une série d'arrêts des 28 mars 1890, 29 avril 1892, 11 juillet 1894, 3 février et 19 décembre 1899, le conseil d'Etat avait décidé que le fonctionnaire communal révoqué ne pouvait prétendre à aucune indemnité de la commune. Au contraire, par un arrêt du 11 décembre 1903 (Villenave contre ville d'Alger), le conseil d'Etat semble reconnaître le principe de la responsabilité de la ville vis-à-vis d'un agent régulièrement privé de son emploi (*Recueil*, 1903, p. 767 et S., 1904. III. 123). — Rapp. arrêt Le Berre, 29 mai 1903, *Recueil*, p. 415 et S., 1904. III. 123, avec une *Note* de M. Hauriou et au *Recueil* les conclusions de M. Teissier, commissaire du gouvernement.

Inamovibilité. — Si la liberté de révocation est la règle, elle reçoit, dans tous les pays et particulièrement en France, des exceptions nombreuses. Il y a beaucoup de fonctionnaires qui ne peuvent être révoqués que suivant certaines conditions d'ailleurs extrê-

mement variables. Tantôt, c'est l'autorité qui a fait la nomination qui peut faire la révocation, mais après l'avis d'un conseil statuant en des formes qui se rapprochent plus ou moins des formes juridictionnelles. Parfois, la révocation ne peut être prononcée que par une autorité différente de celle qui a fait la nomination, en général par un conseil qui statue en la forme juridictionnelle. Ce sont, par exemple, les magistrats judiciaires assis dont la révocation ne peut résulter que de la déchéance prononcée par la cour de cassation constituée en conseil supérieur de la magistrature (L. 20 avril 1810 et L. 30 août 1883). De tous les fonctionnaires qui sont dans la situation qu'on vient d'esquisser, il faut dire qu'ils sont inamovibles. L'inamovibilité est plus ou moins étendue, plus ou moins énergiquement garantie, mais elle existe pour tous les fonctionnaires qui se trouvent dans la situation. indiquée. A ceux déjà cités, il faut ajouter les professeurs de l'enseignement supérieur et de l'enseignement secondaire, les officiers des armées de terre et de mer, les officiers ministériels et toute une série de fonctionnaires de diverses administrations qui, en vertu de règlements récents, ne peuvent être renvoyés qu'après avis d'un conseil.

Des fonctionnaires ainsi inamovibles, on dit parfois qu'ils ont un état et que cet état est constitué par le droit qu'ils peuvent opposer à l'administration : « Les fonctionnaires, dit M. Hauriou, ont un état lorsqu'ils *peuvent opposer un droit*, soit au pouvoir disciplinaire, soit au pouvoir hiérarchique de l'administration; leur état, c'est leur condition individuelle spéciale en tant qu'opposable à l'administration par des moyens de droit » (5e édit., 1903, p. 561). Nous ne voyons pas d'inconvénient à ce que l'on parle de *l'état* de certains fonctionnaires. Mais nous ne saurions admettre avec M. Hauriou que cet état constitue à leur profit un droit subjectif. Nous estimons que, quelque étendue que soit l'inamovibilité, elle ne constitue jamais pour le fonctionnaire qui en profite un droit subjectif.

Qu'on passe en revue tous les fonctionnaires desquels on dit qu'ils sont inamovibles, on verra que cette situation consiste uniquement en ce qu'ils ne peuvent être révoqués qu'avec certaines formes ou que par une certaine autorité. Il faudrait donc dire que

le fonctionnaire a un droit subjectif à ce que telle formalité soit accomplie, à ce que telle compétence soit respectée, un droit aux formes, aux compétences. Cette idée d'un droit aux formes, aux compétences, qui a été quelquefois soutenue, est aujourd'hui totalement abandonnée ; elle n'est pas soutenable (cf. § 46).

D'autre part, l'inamovibilité n'est point un droit subjectif du fonctionnaire parce qu'elle n'est point établie dans son intérêt. Lorsque l'Etat décide que tels et tels fonctionnaires ne pourront être suspendus, déplacés ou révoqués que suivant certaines formalités et par une certaine autorité, son but est uniquement d'assurer un bon fonctionnement des services publics. Sans doute, il en résulte des avantages pour ces fonctionnaires ; et, certainement, l'Etat compte sur ces avantages pour avoir de meilleurs agents ; mais tel n'est point le but déterminant de la loi d'inamovibilité. Si les magistrats ne peuvent être destitués par le gouvernement, c'est pour qu'ils soient plus impartiaux et que la justice soit mieux rendue ; si les officiers ne peuvent être mis en réforme qu'après la décision d'un conseil spécial, c'est pour qu'ils soient plus attachés à l'armée et qu'ils aient plus d'autorité. En un mot, toute disposition légale, créant l'inamovibilité totale ou relative, a en vue l'intérêt public et non l'intérêt du fonctionnaire. Or, si le droit subjectif est un pouvoir de vouloir, il n'est que le pouvoir de vouloir la réalisation d'un intérêt du titulaire du droit subjectif (cf. § 1). Ainsi donc, on ne peut pas parler du droit subjectif du fonctionnaire inamovible, puisque son inamovibilité a une tout autre cause que son intérêt.

De cela résulte cette conséquence très importante que la situation du fonctionnaire inamovible peut être, à chaque instant, modifiée par la loi sans qu'il y ait rétroactivité de cette loi. D'un avis unanime, l'inamovibilité des fonctionnaires subit toutes les modifications qu'il plait au législateur d'y apporter. Les modifications aux règles de l'inamovibilité de la magistrature introduites par la loi du 30 août 1883 se sont appliquées à tous les magistrats, sans qu'on songeât à parler de rétroactivité, à tous les magistrats déjà en fonction au moment où cette loi a été promulguée. Nous laissons de côté la question de savoir si la règle de l'inamovilité de la magistrature est en France une règle constitutionnelle (cf. *supra*, § 54 et 55).

Une autre conséquence de ce que l'inamovibilité ne constitue pas un droit subjectif au profit du fonctionnaire, c'est que celui-ci étant irrégulièrement suspendu, déplacé ou révoqué, il n'aura d'autre recours que la voie de droit objectif qu'est le recours pour excès de pouvoir, par lequel il ne pourra obtenir que l'annulation de l'acte attaqué. Le droit pour le fonctionnaire de former dans ces conditions le recours pour excès de pouvoir est incontestable et a été reconnu dans des espèces nombreuses par le conseil d'Etat.

On trouvera une analyse très exacte de la jurisprudence à cet égard, l'indication et les dispositions principales des arrêts les

plus récents rendus sur ce point dans l'article de M. Jèze, *Revue du droit public*, 1904, p. 780 et suiv. M. Jèze écrit très justement : « Ce qu'il faut bien mettre en relief, c'est que cette protection n'est pas organisée en tant que *droit individuel* du fonctionnaire ; c'est une réglementation de la fonction publique. Le recours du fonctionnaire tend non pas à faire respecter un droit individuel du fonctionnaire, mais à assurer l'observation de la loi de la fonction » (p. 781 et 782).

Le fonctionnaire qui est l'objet de la décision de suspension, de déplacement ou de révocation irrégulière est certainement recevable à former le recours pour excès de pouvoir contre cette décision, parce qu'il a un intérêt spécial évident à l'annulation de l'acte attaqué. Dans les espèces soumises au conseil d'Etat, c'est toujours le fonctionnaire lui-même objet de la décision qui l'attaque et qui est déclaré recevable. Mais il n'est point seul recevable à agir. Il faut reconnaître ce droit à toute personne ayant un intérêt spécial, même simplement moral, à l'annulation de l'acte, et notamment à tous les fonctionnaires appartenant au même corps que celui qui a été l'objet d'une décision irrégulière. Cela est parfaitement logique avec la notion du recours pour excès de pouvoir, recours contentieux objectif, fondé sur la violation de la loi, et accordé d'une manière très large à tout intéressé, en attendant qu'il devienne une véritable action populaire.

L'acte de révocation étant anéanti, les choses doivent être remises en l'état. Le fonctionnaire est dans la situation où il aurait été s'il n'avait jamais été révoqué ; et par conséquent l'Etat lui devra son traitement, sa pension de retraite et les autres avantages attachés à sa fonction. Mais cela n'est point le résultat d'un prétendu droit qui dériverait de l'inamovibilité. Ces avantages pécunières appartiennent à tout fonctionnaire, inamovible ou non ; la révocation du fonctionnaire considéré étant annulée, il n'a jamais cessé d'être fonctionnaire et a conservé tous les avantages attachés à cette qualité.

Il faut noter que le recours pour excès de pouvoir ne peut aboutir qu'à l'annulation de la révocation ou de la mise à la retraite et point à une condamnation de l'Etat. Si après l'annulation de la révocation ou de la mise à la retraite, l'Etat refuse de payer au fonctionnaire son traitement, celui-ci doit former contre l'Etat un nouveau recours, recours de pleine juridiction ou recours subjectif pour obtenir condamnation de l'Etat. V. l'analyse très nette de cette jurisprudence, article de M. Jèze, *Revue du droit public*, 1904, p. 797, les arrêts du conseil d'Etat dans l'affaire *Viaud* (*Pierre Loti*), 24 février 1899 (*Recueil*, p. 153) et 30 novembre 1900 (*Recueil*, p. 683, S., 1903. III. 23) et les arrêts *Tontari*, 2 décembre 1898 (*Recueil*, p. 756) et 9 juin 1899 (*Recueil*, 1899, p. 421 ; S., 1900. III. 38). Cf. conclusions de M. le commissaire du gouvernement Teissier dans l'affaire Villenave, 11 décembre 1903, *Recueil*, 1903, p. 768 ; et

Année administrative 1903, De la conversion de l'instance en excès de pouvoir, p. 126 et suiv.

Le fonctionnaire irrégulièrement révoqué ou mis à la retraite a-t-il droit à une indemnité ? Il faut appliquer ici la théorie générale admise sur la responsabilité de l'Etat et la responsabilité du fonctionnaire (cf. §§ 67 et 96). Si en fait on peut voir dans la révocation ou la mise à la retraite annulées, ou même dans un simple déplacement reconnu irrégulièrement prononcé, une faute du service public, la responsabilité pécuniaire de l'Etat sera encourue vis-à-vis du fonctionnaire. D'autre part le fonctionnaire supérieur, qui fait un acte nul de révocation, de suspension, de mise à la retraite ou de déplacement, poursuivant un but étranger à la gestion de sa fonction pourra être déclaré responsable vis-à-vis du fonctionnaire inférieur objet de cette décision irrégulière.

Le conseil d'Etat paraît encore reconnaître le principe de la responsabilité de l'Etat, lorsque la révocation du fonctionnaire peut être considérée comme une faute du service public. Le principe de la responsabilité a été reconnu dans l'affaire *Le Berre*, 29 mai 1903. M. Teissier, commissaire du gouvernement, après avoir rappelé l'arrêt *Adda* du 15 décembre 1899 (*Recueil*, p. 734), paraissant écarter en principe toute responsabilité, a soutenu énergiquement la thèse de la responsabilité : «... s'il y a méconnaissance des règles protectrices mises par la loi au fonctionnement des pouvoirs de l'administration, s'il y a violation des conditions intrinsèques imposées pour l'exercice de l'*imperium*, il y a *faute du service public* qui a fonctionné à faux... et par suite en cas de dommage la responsabilité doit être considérée comme engagée ». Le conseil dans son arrêt semble bien reconnaître le principe de la responsabilité ; on lit dans un des considérants : « Considérant que les réparations qui précèdent sont les seules auxquelles le sieur Le Berre *était en droit* de prétendre... » (29 mai 1903, *Recueil*, 1903, p. 415; S., 1904. 3. 123, avec une *Note* de M. Hauriou).

CHAPITRE IV

LE DROIT ET L'ÉTAT

69. Notions générales. — Il n'y a pas de droit sans société; il n'y a pas de société sans droit. L'Etat n'étant pas autre chose qu'une société humaine organisée en gouvernement, il ne peut pas y avoir d'Etat sans droit. L'Etat moderne vit en quelque sorte dans un milieu juridique; il ne peut vivre que dans un pareil milieu. Il est, suivant l'expression allemande, un *Etat de droit*, un *Rechtsstaat*, un Etat dont le but, la raison d'être unique, est la réalisation du droit; il est obligé par le droit antérieur à lui de réaliser le droit, sans quoi il ne serait plus l'Etat (cf. §§ 14-16).

On a montré (§§ 33-47) que, pour réaliser le droit, l'Etat intervient de trois manières : 1° En faisant la loi, c'est-à-dire en constatant les règles de droit et en formulant des règles générales destinées à en assurer la réalisation (législation normative et législation constructive) (cf. §§ 34-37); 2° En faisant des actes juridiques proprement dits qui prennent le nom d'actes administratifs (cf. § 42); 3° Enfin en faisant des actes juridictionnels (cf. §§ 44-46). Dans l'évolution générale des sociétés politiques, nous sommes arrivés aujourd'hui à ce qu'on peut appeler la *période législative*, ce qui veut dire que dans les pays civilisés la plus grande partie des règles de droit sont constatées par des lois positives, et que de nombreuses lois constructives existent, dans le but d'assurer la réalisation

des normes juridiques. On peut dire que le droit des sociétés modernes civilisées coïncide approximativement avec le droit législatif de ces sociétés. Sans doute la coutume joue encore un rôle; mais ce rôle quoique notable n'est pas assez important cependant pour qu'on ne puisse le négliger dans une théorie générale de l'Etat de droit. Aussi dirons-nous que l'Etat moderne, en tant qu'il administre et qu'il juge, ne peut agir que conformément à la loi : il est lié par la loi en ce sens que ses agents administratifs et juridictionnels ne peuvent faire aucun acte qui ne soit permis ou ordonné par la loi, en ce sens que tout acte fait en violation de la loi est nul, que tout acte fait dans le but de créer une obligation à la charge de l'Etat s'impose à lui, en ce sens enfin que l'Etat peut être partie devant ses propres juridictions et se trouve lié comme tout simple citoyen par leur décision.

Mais si l'Etat administrateur et juge est lié par la loi qu'il a faite, est-il libre de faire la loi qu'il veut? L'Etat législateur est-il lié aussi par le droit? Y a-t-il certaines lois qu'il ne peut pas faire juridiquement? Y en a-t-il certaines autres qu'il est obligé juridiquement de faire? Nous avons déjà dit qu'il fallait que l'Etat législateur fût lié par le droit; que le droit était antérieur et supérieur à l'Etat et qu'il s'imposait par conséquent à lui (cf. § 16). Le moment est venu de montrer particulièrement quelle place occupe dans le droit moderne cette conception et de déterminer dans quelle mesure l'Etat législateur est lié *négativement* et *positivement* par le droit.

70. Le droit et la loi. — Nous avons essayé de montrer aux §§ 5-7 et 16 que le fondement du droit était la solidarité sociale, que tous les membres de la société étaient obligés par la règle de droit de ne rien faire qui fût contraire à la solidarité sociale et de faire tout ce qui était en leur pouvoir pour en assurer la réalisation, que les droits subjectifs dérivaient de cette règle de conduite, que tout homme avait le droit

d'accomplir son devoir social et de s'opposer à ce que quiconque l'empêchât de l'accomplir. Nous avons essayé de montrer que le droit étant ainsi fondé sur la solidarité sociale s'imposait aux détenteurs de la puissance politique, à l'Etat, qu'il en résultait pour lui l'obligation de ne faire aucune loi susceptible de porter atteinte au libre développement de l'activité individuelle, parce que le libre développement de l'activité individuelle était nécessaire pour que la solidarité sociale pût se réaliser et se développer. L'Etat peut toutefois limiter le libre développement des activités individuelles, mais seulement dans la mesure où cela est nécessaire pour que ces activités individuelles ne se gênent pas réciproquement; il peut limiter la liberté de chacun dans la mesure où cela est nécessaire pour protéger la liberté de tous.

La doctrine de la solidarité conduit encore à cette conséquence que l'Etat est obligé de faire certaines lois. Il est obligé de mettre la puissance dont il dispose au service de la solidarité sociale, par conséquent il est obligé par le droit lui-même de faire toutes les lois qui assureront à chacun la possibilité matérielle et morale de collaborer à la solidarité sociale, et par exemple de faire des lois assurant à chacun gratuitement un minimum d'enseignement, assurant les ressources suffisantes pour vivre à tout individu incapable de se les procurer par son travail et enfin des lois permettant à tout individu qui peut et veut travailler de se procurer du travail. Nous croyons même qu'en vertu du droit fondé sur la solidarité sociale, l'Etat a le devoir de faire des lois imposant à tous le travail, non pas une forme déterminée de travail, mais le travail en soi. Il n'est pas permis à un membre du corps social de ne rien faire, et il n'est pas permis à l'Etat de ne pas l'obliger à faire quelque chose.

Nous croyons fermement que les sociétés modernes et au premier rang la société française sont en train

d'évoluer vers cette conception *socialiste* ou plutôt *solidariste*. Notre droit public et notre droit privé s'en pénètrent chaque jour davantage. La loi du 14 juillet 1905 sur l'assistance aux vieillards et aux incurables, le projet de loi sur les retraites ouvrières déjà voté par la chambre des députés se rattachent directement à cette évolution. Mais les fondateurs du droit public français moderne, qui ont compris très nettement que l'Etat législateur était et devait être limité par le droit, ont fondé cette limitation de l'Etat sur la doctrine individualiste (cf. §§ 3, 4, 16). De même que le législateur de la Révolution a élaboré toute une théorie de l'Etat, de même il a édifié toute une doctrine relative au fondement du droit et à la limitation de l'Etat législateur. Elle est contenue dans les Déclarations des droits de 1789, de 1793 et de l'an III, particulièrement dans celle de 1789 et aussi dans les dispositions constitutionnelles placées en général sous la rubrique : *De la garantie des droits*, et appelées pour cela les *Garanties des droits*. Toute cette doctrine est rigoureusement individualiste et la Déclaration des droits de 1789 en est l'expression tout à la fois la plus exacte et la plus complète.

Elle occupe une place de premier ordre dans l'histoire des idées ; elle est encore à la base de nos codes, bien que notre droit se pénètre chaque jour davantage de socialisme, à l'insu même de ceux qui l'élaborent ou qui l'appliquent. Le tort des auteurs des constitutions et des Déclarations des droits de l'époque révolutionnaire et encore de certains publicistes, c'est d'avoir vu et de voir dans la doctrine individualiste un dogme intangible et définitif, vrai dans tous les temps et dans tous les pays, quand ce n'était qu'un moment dans l'histoire éternellement changeante des institutions et des idées. Nous sommes à l'heure actuelle à une époque de transition : le fondement *individualiste* de la limitation des pouvoirs de l'Etat législateur fait rapidement place au fondement socialiste ou solidariste.

Mais nos Déclarations des droits occupent encore une place trop considérable dans le droit public français pour que nous ne les prenions pas pour point de départ dans notre étude de la limitation de l'Etat législateur par le droit.

Aussi bien, nous reconnaissons volontiers qu'au point de vue des obligations négatives de l'Etat on arrive à peu près aux mêmes conséquences pratiques avec la doctrine individualiste des Déclarations des droits et avec la doctrine de la solidarité. Mais les solutions théoriques sont évidemment bien différentes. Dans la doctrine individualiste, si l'Etat ne peut pas faire certaines lois, c'est parce que l'individu a des droits subjectifs contre lui, et quand des lois interviennent limitant les droits de chacun pour protéger les droits de tous, chacun conserve ses droits subjectifs contre l'Etat qui les reconnait. C'est ainsi que la liberté, la propriété, reconnues et réglementées par la loi positive, sont et restent des droits subjectifs de l'individu opposables à tous, à l'Etat lui-même. Au contraire d'après la doctrine de la solidarité, l'individu n'a aucun droit, il n'a que des devoirs sociaux ; l'Etat a le devoir de ne rien faire qui empêche l'individu d'accomplir ses devoirs sociaux et notamment de développer librement son activité ; l'Etat fait des lois pour réglementer les manifestations de cette activité, en limitant l'activité de chacun pour assurer le libre développement de l'activité de tous. De cette intervention de l'Etat ne nait point un droit subjectif pour l'individu contre l'Etat. La liberté, la propriété, dans la doctrine de la solidarité, ne sont point des droits subjectifs de l'individu contre l'Etat. Peut-être peuvent-elles être le fondement de droits subjectifs de l'individu contre d'autres individus et encore soutiendrions-nous volontiers que non. Mais assurément vis-à-vis de l'Etat, la liberté et la propriété ne constituent pas des droits subjectifs. De cette différence théorique très importante résultent certainement des conséquences pratiques que le moment n'est pas venu de rechercher et qui apparaîtront d'elles-mêmes dans la suite de cette exposition. Cependant on peut faire observer ici que d'après la doctrine individualiste l'individu est libre de ne pas travailler, que dans la doctrine solidariste au contraire, il ne l'est pas et qu'une loi imposant à tous l'obligation du travail ne serait point, dans cette doctrine, attentatoire à la liberté.

Si en un sens, au point de vue des obligations négatives de l'Etat on arrive à des solutions sensiblement analogues avec la doctrine individualiste et avec la théorie de la solidarité, il n'en est point ainsi en ce qui concerne les obligations positives de l'Etat. Nous sommes profondément convaincu que l'Etat est obligé juridiquement de faire certaines lois, et notamment d'organiser et d'assurer par ses lois l'enseignement, l'assistance et le travail. On l'a montré plus haut : cette obligation découle logiquement et naturellement

de la conception de la solidarité sociale. Au contraire il est absolument impossible de fonder ces obligations positives de l'Etat sur les principes individualistes. L'individualisme cependant a essayé de le faire ; il y a complètement échoué. Cela est un puissant argument contre les doctrines individualistes et montre l'insuffisance des Déclarations des droits qui les consacrent.

71. Les Déclarations des droits. — Les Déclarations des droits de 1789, de 1793 et de l'an III et particulièrement celle de 1789, qui a servi de modèle, sont l'expression très nette, très exacte, de la doctrine individualiste. L'homme, en venant au monde, apporte avec lui certaines prérogatives qui tiennent à sa nature, à sa qualité d'homme; suivant la conception cartésienne, le tout de l'homme est la pensée, et ainsi tout homme a le droit naturel et intangible de penser et d'extérioriser sa pensée, c'est-à-dire de développer son activité, physique, intellectuelle et morale. D'autre part, comme tous les hommes ont une pensée, une activité ils ont tous un droit égal à développer leur activité. Tous les hommes sont non seulement libres, mais ils sont tous également libres; et ainsi le principe d'égalité et le droit de liberté sont à la base de tout le droit.

Dans la Déclaration des droits de 1789 on lit : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. — Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont ; la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. — La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi » (art. 1, 2 et 4). — Au titre I de la constitution de 1791, sous la rubrique : *Dispositions fondamentales garanties par la constitution*, on rappelle en les précisant les droits individuels dont le principe est formulé dans la Déclaration des droits et on dit au § 3 : « *Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle aux droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la constitution ;* mais comme la liberté ne consiste qu'à pouvoir faire tout ce qui ne nuit ni aux droits d'autrui ni à la sûreté publique, la loi peut établir des peines contre les actes qui, attaquant ou la sûreté publique ou les droits

d'autrui, seraient nuisibles à la société ». Nulle part n'est formulée plus nettement la règle qui, fondée sur la reconnaissance des droits individuels, vient limiter juridiquement les pouvoirs de l'Etat législateur. — Les Déclarations de 1793 et de l'an III ont été calquées sur celles de 1789. Cependant il y aura quelques différences à signaler.

Toutes nos constitutions postérieures, à l'exception des lois constitutionnelles de 1875, ont rappelé expressément ou visé les droits individuels et naturels de l'homme qui avaient été affirmés dans la Déclaration de 1789.

En 1848, il fut un moment question de voter une nouvelle Déclaration des droits; on y renonça et on se contenta de placer en tête de l'acte constitutionnel un préambule dans lequel on rappelait les grands principes de 1789. On y lit notamment : « La république reconnait des droits et des devoirs antérieurs et supérieurs aux lois positives. Des devoirs réciproques obligent les citoyens envers la république et la république envers les citoyens » (art. III et VI).

On a souvent dit que la Déclaration des droits de 1789 était tirée tout entière du *Contrat social*. Ainsi, M. Boutmy affirme que la Déclaration a son origine dans la philosophie française du XVIIIe siècle (*Annales de l'école libre des sciences politiques*, 1902, p. 414). M. Tchernoff, dans une étude sur *Montesquieu et Rousseau*, estime que le contenu même de la Déclaration des droits de l'homme, dans ses parties philosophiques..., vient de J.-J. Rousseau (*Revue du droit public*, 1903, II, p. 96). — Ce sont là des propositions en partie inexactes. Que beaucoup des idées exprimées dans la Déclaration, notamment l'idée de l'homme naturel, ayant des droits antérieurs à l'Etat, à la société elle-même parce qu'il est homme, aient été dans la plupart des esprits en France au XVIIIe siècle, c'est incontestable. Mais elles venaient de plus loin. D'autre part, il est exact que les principes politiques inscrits dans la Déclaration des droits, notamment le principe de la souveraineté nationale et de son indivisibilité (art. 3), la définition de la loi « La loi est l'expression de la volonté générale » (art. 6), sont puisés directement dans le *Contrat social*. Mais, au contraire, ce qui est l'élément essentiel de la Déclaration, l'affirmation solennelle qu'il y a une limite au pouvoir souverain de l'Etat, est tout à fait étranger au *Contrat social*. Rousseau est le père du jacobinisme sectaire et tyrannique. La Déclaration des droits est tout inspirée de libéralisme et de tolérance. M. P. Janet a tort de dire (*Histoire des doctrines politiques*, 2e édit., II, p. 583) que la pensée de Rousseau oscille sans cesse entre le droit de l'Etat et le droit de l'individu ; Rousseau n'hésite point à subordonner le droit de l'individu au droit de l'Etat et à reconnaître à celui-ci un pouvoir sans limite.

Voici quelques passages du *Contrat social* qui ne peuvent laisser de doute. « Il n'y a ni ne peut y avoir nulle espèce de loi fonda-

mentale obligatoire pour le corps du peuple, pas même le contrat social ». « Le souverain n'étant formé que des particuliers qui le composent n'a ni ne peut avoir d'intérêt contraire au leur, par conséquent la puissance souveraine n'a nul besoin de garants envers les sujets... » (Liv. I, chap. VII). C'est un pur sophisme, car le souverain est formé en réalité par une majorité, et la formule de Rousseau revient à dire que la majorité a le droit d'opprimer sans limite la minorité, proposition à laquelle nous ne pourrons jamais souscrire. Rousseau dit encore : « L'aliénation se faisant sans réserve, l'union est aussi parfaite qu'elle peut l'être et nul associé n'a plus rien à réclamer ; car, *s'il restait quelques droits aux particuliers,* comme il n'y aurait aucun supérieur commun qui pût prononcer entre eux et le public, chacun, étant en quelque point son propre juge, prétendrait bientôt l'être en tout ; l'état de nature subsisterait et l'association deviendrait nécessairement tyrannique ou vaine » (Liv. I, chap. VI). Cependant le chap. IV du livre II du *Contrat social* est intitulé : « *Des bornes du pouvoir souverain* », et on y lit : « On convient que tout ce que chacun aliène par le pacte social, de sa puissance, de ses biens, de sa liberté, c'est seulement la partie de tout cela dont l'usage importe à la communauté... » L'auteur paraît reconnaître que les droits naturels de l'individu persistent après la constitution du corps politique. Mais ce n'est qu'une illusion, car Rousseau s'empresse d'ajouter : « Mais il faut convenir aussi que le souverain seul est juge de cette importance ». C'est donc reconnaître le pouvoir *sans limite* de l'Etat sur l'individu. Et immédiatement suivant la méthode habituelle de Rousseau, le sophisme pour justifier son affirmation ; il dit en effet : « Tous les services qu'un citoyen peut rendre à l'Etat, il les lui doit sitôt que le souverain les demande ; mais le souverain de son côté ne peut charger les sujets d'aucune chaîne inutile à la communauté ; *il ne peut pas même le vouloir, car sous la loi de raison, rien ne se fait sans cause, non plus que sous la loi de nature* » (Liv. III, chap. IV). Ici le sophisme passe la mesure. Il est étrange qu'après cela et après ce que lui-même avait écrit, M. P. Janet ait pu dire en parlant de la Déclaration des droits : « Un tel acte ne vient point de Montesquieu, mais de J.-J. Rousseau » (P. Janet, *Histoire des doctrines politiques*, 2e édit., p. 612). Cf. pour la critique de cette idée, Jellinek, *La Déclaration des droits*, trad. Fardis, 1902, p. 9.

Dans l'ouvrage qu'on vient de citer, M. Jellinek soutient que la Déclaration des droits de 1789 a été directement inspirée par la *Déclaration d'indépendance américaine* de 1776 et par les Déclarations des droits (*Bills of Rights*) qui furent placées en tête de la plupart des constitutions que se donnèrent les colonies anglaises devenues des Etats indépendants. La Déclaration d'indépendance américaine de 1776, rédigée par Jefferson, débute en effet par ces mots : « Nous tenons pour vérités démontrées d'elles-mêmes que tous les hommes sont créés égaux et sont dotés par le créateur de

certains droits inaliénables, parmi lesquels figurent la vie, la liberté et la recherche du bonheur... Les gouvernements sont institués parmi les hommes pour assurer ces droits, et ils tiennent leurs justes pouvoirs du consentement des gouvernés » (Cité d'après Chambrun, *Droits et libertés aux Etats-Unis*, p. 56). Des déclarations conçues dans le même esprit se trouvent en tête de la plupart des constitutions que se donnèrent les colonies après la Déclaration d'indépendance. Le 12 juin 1776 la convention de Virginie adoptait une Déclaration qui devait servir de modèle aux autres colonies devenues Etats indépendants. A l'art. 1, il est dit : « Tous les hommes sont par nature également libres et indépendants, et ont certains droits inhérents, desquels, lorsqu'il existe entre eux un état de société, ils ne peuvent, par aucun pacte. priver leur postérité, notamment la jouissance de la vie et de la liberté avec le pouvoir d'acquérir et de posséder la propriété et de poursuivre et d'obtenir le bonheur et la sûreté ».

Il est incontestable que ces idées sont identiques à celles formulées dans la Déclaration des droits de 1789. C'est vraisemblablement l'exemple de l'Amérique qui donna aux hommes de 1789 l'idée de faire précéder d'une déclaration des droits la constitution qu'ils élaboraient. On sait quel prestige avaient en France, depuis 1783, toutes les choses d'Amérique. Sans doute, l'idée d'une déclaration des droits était déjà exprimée dans quelques cahiers, notamment dans celui du baillage de Nemours où se trouve un chapitre intitulé : « De la nécessité d'établir quels sont les droits de l'homme et du citoyen » et un projet en trente articles. On trouve aussi un projet de déclaration des droits dans les cahiers de la ville de Paris (*Archives parlem.*, 1[re] série, IV, p. 161, et V, p. 281). Mais ce fut Lafayette qui le premier proposa à l'Assemblée de faire précéder la constitution d'une déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et présenta un projet (*Archives parlem.*, 1[re] série, VIII, p. 221).

Si la pensée de rédiger une déclaration des droits était inspirée par l'exemple de l'Amérique, d'où venaient les idées elles-mêmes ? Evidemment elles n'étaient pas nées en Amérique ; elles y avaient été importées d'Europe ; et les auteurs de la Déclaration française allaient puiser aux mêmes sources que les constituants américains.

Ce ne sont point, comme on l'a dit quelquefois, les différents actes du droit public anglais, tels que la *Grande charte*, la *Pétition des droits* de 1627, l'*Habeas corpus* de 1679 et le *Bill of Rights* de 1689. Ces textes célèbres n'étaient certainement inconnus ni des constituants américains, ni des membres de l'Assemblée nationale. Mais comme le dit très justement M. Jellinek « un abime sépare les Déclarations américaines (il aurait pu ajouter la Déclaration française) des lois anglaises précitées » (*loc. cit.*, p. 48). Celles-ci ne sont point inspirées par la croyance à l'existence des droits naturels et imprescriptibles de l'homme venant limiter les pouvoirs

de l'Etat comme tel. Elles ont seulement pour but de limiter les pouvoirs du roi, de protéger l'individu contre l'arbitraire royal, et reconnaissent l'omnipotence du parlement. Les Déclarations américaines et françaises ont pour but de limiter par le droit les pouvoirs de l'Etat législateur; les Déclarations anglaises « n'ont ni le pouvoir, ni l'intention de limiter les facteurs législatifs et de poser les principes pour une législation future », mais simplement de limiter le pouvoir du roi et de ses agents, le parlement restant omnipotent. Cf. Jellinek, *loc. cit.*, p. 49; Dicey, *Introduction*, édit. franç., 1902, p. 35 et suiv.

C'est dans les écrits de Puffendorf, de Locke et de Montesquieu que les constituants américains et les auteurs de la Déclaration de 1789 ont particulièrement puisé les principes qu'ils formulent. Puffendorf aurait été connu en Amérique, par un traité d'un publiciste américain John Wyse (Boston, 1772), qui déclare expressément lui-même avoir pris pour base de ses développements la doctrine de Puffendorf. V. particulièrement le livre VII, chap. I, *Des motifs qui ont porté les hommes à former des sociétés civiles*, dans *Le droit de la nature et des gens*, trad. Barbeyrac, Amsterdam 1712, II, p. 211. — A Montesquieu on emprunta la notion de liberté, et l'idée que le gouvernement devait être organisé avant tout en vue de la protection de la liberté. « La liberté ne consiste point à faire ce que l'on veut. Dans un Etat, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce qu'on doit vouloir et à n'être point contraint de faire ce qu'on ne doit pas vouloir » (*Esprit des Lois*, liv. XI, ch. III).

C'est Locke qui nous paraît avoir le plus nettement formulé la doctrine exprimée dans la Déclaration de 1789. Il admet l'existence d'un état de nature dans lequel auraient vécu les hommes, et il déclare que si ceux-ci ont abandonné l'état de nature et formé des sociétés « c'est pour la conservation mutuelle de leurs vies, de leurs libertés et de leurs biens, choses que j'appelle par un nom général, *propriétés* » (*Gouvernement civil*, chap. VIII, § 1). Dans cette société organisée le pouvoir supérieur est le pouvoir législatif (chap. X, § 1). Mais bien que le pouvoir législatif soit le pouvoir suprême de l'Etat, il ne peut s'exercer arbitrairement, dit Locke, sur la vie et le bien du peuple, le pouvoir n'étant autre chose que le pouvoir de chaque membre de la société, remis à la personne ou à l'assemblée qui est le législateur, ne saurait être plus grand que celui que toutes ces différentes personnes avaient dans l'état de nature, car personne ne peut conférer à un autre plus de droit qu'il n'en a lui-même. Dans l'état de nature un homme n'ayant point un pouvoir arbitraire sur la vie, sur les libertés et sur les possessions d'autrui, mais son pouvoir s'étendant seulement jusqu'où les lois de la nature le permettent pour la conservation de sa personne et pour la conservation du reste du genre humain, c'est tout ce qu'il donne et qu'il peut donner à une société et par ce moyen au pouvoir législatif (chap. X,

§ 2). C'est ainsi, dit Locke, que le pouvoir législatif, la suprême puissance, n'a cependant pas le *droit* de se saisir d'aucune partie des biens propres d'un particulier sans son consentement; sans doute les impôts sont nécessaires, mais ils ne peuvent être levés qu'avec le consentement du plus grand nombre des membres de la société, ou bien par ceux qui les représentent ou qui ont été choisis par eux. En outre, le pouvoir législatif ne peut faire que des lois égales, égales pour tous : « Il y aura les mêmes règlements pour le riche et pour le pauvre, pour le favori et pour le courtisan, et pour le provincial et le laboureur » (chap. X, § 9).

Par le mot *propriétés*, Locke, on l'a vu, entend la vie, les libertés et les biens des individus; donc toute sa doctrine se résume ainsi : le pouvoir législatif ne peut faire aucune loi qui porte atteinte à la vie, à la liberté et aux biens des individus. La garantie de cette obligation se trouve dans une bonne organisation des pouvoirs publics. Mais cela ne suffit pas, et si le législateur viole ses obligations, Locke n'hésite pas à déclarer la révolution légitime : « Lorsque le pouvoir législatif attente aux personnes ou aux propriétés, le peuple est alors délié de toute obéissance à son égard; il a le droit de reprendre sa liberté originaire, et par l'établissement d'une nouvelle autorité législative telle qu'il jugera, de pourvoir à sa propre conservation et à sa propre sécurité » (chap. XVIII, § 14). Il est inutile d'insister pour montrer l'identité de cette doctrine de Locke avec les idées maîtresses de la Déclaration des droits.

Cependant M. Jellinek estime que « Locke, tout en soutenant que la propriété (qui comprend aussi la liberté et la vie) est un droit antérieur à la société... n'attribue pas aux hommes vivant en société des droits fondamentaux strictement délimités et fixe plutôt au pouvoir législatif des limites morales qui découlent du but même de l'Etat ». M. Jellinek estime que c'est seulement Blakstone qui sut établir la théorie du droit absolu des personnes contre l'Etat législateur (*Ecrit* de Blakstone paru sans nom, *A analysis of the Law England*, 1754, et *Commentaires*, 1765). Les idées exprimées dans l'écrit anonyme de Blakstone auraient été développées en Amérique par James Otis, dans son livre *Les droits des colonies anglaises*, 1764, qui, dit M. Jellinek, « affirma la transformation du droit objectif en droit subjectif » (Jellinek, *La déclaration des droits*, trad. Fardis, 1902, p. 56, 85 et 86). Nous ne croyons pas que l'observation de M. Jellinek sur ce point soit tout à fait exacte. Il nous semble que Locke avait une notion très nette de droits subjectifs appartenant à l'individu antérieurement à la formation sociale, persistant malgré cette formation, et venant limiter comme tels les pouvoirs de l'Etat. Seulement Locke n'était pas juriste, et ne fit point une construction selon les règles de l'art; ce fut le rôle d'un juriste comme Blakstone qui ne fit autre chose que construire les idées de Locke selon la technique juridique.

Sur la Déclaration des droits, outre les auteurs précédemment

cités, cons. Th. Ferneuil, *Les principes de 1789 et la sociologie*, 1889; Walch, *La Déclaration des droits de l'homme de 1789*, thèse, Paris, 1903. — Dans une conférence faite à Paris, le 23 janvier 1906, M. Doumergue, professeur à la faculté de théologie de Montauban, a soutenu que les grands principes de la Déclaration des droits de 1789 sont d'origine calviniste et ont été propagés dans le monde moderne par les calvinistes (*Le petit Temps*, 25 janv. 1906). Cf. Doumergue, *Les grands principes de 1789*, discours à la faculté de théologie de Montauban, 16 nov. 1905.

72. Contenu et caractère des Déclarations des droits. — Quand l'Assemblée nationale se réunit en 1789, la grande majorité, sinon l'unanimité de ses membres considéraient les principes individualistes comme des dogmes indiscutables et estimaient que la nouvelle constitution politique qu'on allait faire devait être fondée sur eux. A peine quelques doutes s'élevèrent-ils sur le point de savoir si l'on ferait précéder la constitution d'une déclaration solennelle de ces principes. Plusieurs cahiers le demandaient, et le 4 août l'Assemblée décide qu'une Déclaration des droits précèdera la constitution. Le texte même de la Déclaration est votée du 18 au 26 août 1789 définitivement, sauf une légère modification à l'art. 4 qui n'est votée que le 2 octobre. Cf. Duguit et Monnier, *Les constitutions, notices historiques*, p. VIII et suiv.

Le titre, sous lequel on la cite habituellement « *Déclaration des droits de l'homme* », n'est pas exact. Son titre officiel et complet est *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*. Quel est le sens et la portée de ce titre? Les droits de l'homme sont apparemment les droits qui lui appartiennent en tant qu'homme avant même qu'il fasse partie d'une société politique et qui continueraient de lui appartenir s'il cessait de faire partie de cette société politique. Les droits du citoyen, au contraire, sont les droits qui appartiennent à l'individu en tant qu'il fait partie d'une société politique, qui cesseraient de lui appartenir s'il cessait de faire partie de cette société politique. Mais on peut se demander comment les droits du citoyen figurent dans

une Déclaration qui a pour but de limiter les pouvoirs du législateur. En effet, puisque l'individu ne possède les droits de citoyen qu'en tant qu'il fait partie d'une société politique, il semble bien que ces droits sont une concession de la société politique et que celle-ci, par son législateur, les ayant concédés, peut à son gré les retirer ou les restreindre. Telle n'était point la conception de 1789. On considérait que les droits du citoyen n'étaient pas, en réalité, des droits différents des droits de l'homme, mais étaient les droits naturels eux-mêmes en tant qu'ils étaient reconnus et garantis par la société politique. Dans la Déclaration, on énumère et on détermine les droits de l'individu, en tant qu'homme et en tant que citoyen, c'est-à-dire non seulement les droits qui appartiennent à l'homme théoriquement, mais encore ces droits reconnus et efficacement garantis par la société. Les droits du citoyen ne sont pas distincts des droits de l'homme, ce sont ceux-ci protégés et garantis.

Ainsi, par exemple, dans l'art. 2 de la Déclaration de 1789 sont indiquées, comme droits de l'homme, la liberté, la propriété et la sûreté. La liberté et la propriété sont des droits de l'homme; la sûreté est un droit du citoyen. Mais la sûreté n'est pas, en réalité, un droit particulier, différent de la liberté et de la propriété; la sûreté n'est pas autre chose que la liberté et la propriété socialement reconnues et garanties. L'homme entre dans la société avec ses droits de liberté et de propriété, il devient un citoyen; les droits qu'il possède en tant qu'homme deviennent droits du citoyen; ils contiennent en eux-mêmes le droit d'exiger du corps social qu'il les reconnaisse, les respecte et les protège; ce droit, c'est la sûreté, qui n'est, dès lors, pas autre chose que les droits de liberté et de propriété protégés par le corps social, à l'aide de l'organisation politique, administrative et judiciaire qu'il établit, qu'il doit établir. La définition de la sûreté a été très nettement donnée par les Déclarations de 1793 et de l'an III : « La sûreté consiste dans la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de sa propriété » (Décl. 1793, art. 8). « La sûreté résulte du concours de tous pour assurer les droits de chacun » (Décl. de l'an III, art. 4).

La Déclaration de 1789 ne parle point des droits politiques, c'est-à-dire des droits reconnus aux individus de participer à l'exercice

de la puissance publique. D'abord (cf. § 23), il est bien probable que dans la pensée de la grande majorité des membres de l'Assemblée, ce n'étaient pas là des droits, mais l'exercice d'une fonction. Dans tous les cas, si les droits politiques étaient véritablement des droits, c'étaient des droits concédés et non pas des droits inhérents à la qualité d'homme, des droits que la puissance publique pouvait concéder comme elle l'entendait, avec les conditions et les réserves qu'il lui semblait bon d'établir ; ces droits ne devaient donc pas être énoncés dans un acte fixant les limites des pouvoirs de l'Etat. Les droits du citoyen ne sont donc pas ce que nous appelons aujourd'hui les droits politiques, mais plutôt ce qu'on appelle parfois les droits civiques. La constitution de 1791 les appelait *droits civils* (tit. I). Ce sont les droits naturels de l'individu en tant qu'ils sont reconnus et garantis par l'Etat.

La constitution de 1875 est la seule où l'on ne trouve aucune mention, aucun rappel des droits inscrits dans la Déclaration de 1789. Dans ces conditions, on peut se demander si les règles de la Déclaration des droits de 1789 ont cessé d'avoir force légale positive, et si le parlement pourrait, à l'heure actuelle, faire des lois portant atteinte aux droits naturels individuels de l'homme sans violer les dispositions fondamentales de notre droit public. Nous répondrons non, sans hésiter ; et nous croyons fermement que toute loi contraire aux termes de la Déclaration des droits de 1789 serait une loi inconstitutionnelle.

M. Esmein (p. 460) enseigne que les Déclarations des droits avaient simplement une valeur dogmatique ; c'étaient, dit-il, des déclarations de principes faites par un législateur philosophe sans valeur législative positive ; au contraire, les *Garanties des droits* étaient de véritables lois constitutionnelles, positives, obligatoires pour le législateur ordinaire. Ainsi, dans cette doctrine, aujourd'hui la constitution de 1875 ne contenant ni Garantie des droits ni rappel des principes de 1789, les pouvoirs du législateur ne sont point limités et une loi portant une atteinte directe aux droits de l'individu ne serait point une loi inconstitutionnelle. De cette conséquence, M. Esmein cherche à atténuer la gravité, en disant d'abord que cela change peu les choses, car, alors même que pareille loi serait inconstitutionnelle, les juges ne pourraient point refuser de l'appliquer, les tribunaux français, à la différence des tribunaux américains, n'ayant point le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois, et ensuite en montrant l'exemple de l'Angleterre, où, dit-il, les droits (individuels) paraissent mieux assurés qu'en aucun pays au monde et où pourtant le rlement est absolument souve-

rain. « La meilleure garantie à cet égard se trouve dans les mœurs, dans l'esprit national » *(loc. cit.)* C'est vrai et c'est parce que les mœurs, l'esprit, ne sont pas en France ce qu'ils sont en Angleterre que l'exemple de celle-ci ne saurait être invoqué.

Assurément les dispositions inscrites dans la plupart de nos constitutions sous les rubriques: *Droits des citoyens garantis par la constitution* ou *Droit public des Français*, sont des règles constitutionnelles positives proprement dites, dont la valeur et la portée sont déterminées d'après la théorie des constitutions rigides (cf. § 147). Pendant que les constitutions qui contenaient ces dispositions, désignées du nom générique de *Garanties des droits*, étaient en vigueur, il n'est pas douteux que le législateur était obligé par une loi positive supérieure à lui de ne pas porter atteinte aux droits individuels. Mais n'en aurait-il pas été ainsi s'il n'y avait eu que la Déclaration des droits et point de Garantie des droits insérée dans la constitution ? N'en est-il pas ainsi maintenant que la constitution en vigueur ne fait aucune mention des droits individuels?

A notre avis, les Déclarations des droits n'étaient pas de simples formules dogmatiques ou de simples énoncés théoriques formulés par un législateur philosophe; elles étaient de véritables lois positives obligeant, non seulement le législateur ordinaire, mais même le législateur constituant. Particulièrement la Déclaration des droits de 1789 a conservé encore de nos jours toute sa force législative positive. Nous croyons que si aujourd'hui le législateur faisait une loi violant un des principes formulés dans la Déclaration des droits de 1789, cette loi serait inconstitutionnelle Nous croyons même que la Déclaration des droits de 1789 s'impose encore, non seulement au législateur ordinaire, mais aussi au législateur constituant, et qu'une assemblée nationale formée dans les conditions de l'art. 8 de la loi du 25 février 1875 ne pourrait point juridiquement faire une loi contraire aux termes de la Déclaration de 1789.

Pour établir ces propositions, il suffit de rappeler que dans la pensée de l'Assemblée nationale de 1789, la Déclaration était le pacte social de la société nouvelle qui allait naître de la Révolution. L'Assemblée, nommée pour régénérer la France, veut effacer tout le passé, et pour cela elle rédige d'abord le pacte social, comme l'ont fait les constituants américains qui lui servent de modèle. La Déclaration des droits ainsi comprise est une loi véritable, supérieure aux lois ordinaires, supérieure même à la loi constitutionnelle et bien distincte d'elle.

Cette idée fut exprimée à plusieurs reprises très nettement au moment de la discussion et du vote de la Déclaration par des membres marquants de l'Assemblée. C'est par exemple Lolly-Tollendal qui dit : « Qu'il y ait une Déclaration qui soit la Déclaration des droits de tous..., qui soit pour ainsi dire un *pacte social*, un *contrat universel*... » (*Archives parl.*, 1re série, VIII, p. 222). Et Desmeuniers : « Il faut faire une Déclaration des droits, qui précède la constitution française, c'est-à-dire une déclaration de principe *applicable à tous les gouvernements* » (*ibid.*, p. 334).

Comment prétendre que la Déclaration des droits n'a qu'une valeur doctrinale et point une force législative, quand la législation positive tout entière n'a, dans la conception individualiste, de valeur et de force qu'autant qu'elle est la mise en œuvre des principes juridiques formulés dans la Déclaration? Comment le texte qui contient l'énoncé de ces principes ne serait-il pas une loi? Dans la doctrine individualiste, qui est encore à la base de notre droit positif, la force obligatoire de la loi dérive bien plus de son adéquation aux droits individuels que de la volonté nationale telle quelle. Par conséquent la loi par excellence, celle qui est plus forte que toutes les autres, lois constitutionnelles ou lois ordinaires, qui ne sont qu'une émanation d'elle, qui ne valent quelque chose que dans la mesure où elles se conforment aux principes qu'elle édicte, c'est la loi contenant l'énumération de ces droits individuels, c'est la Déclaration des droits. Cf. § 36.

Cela explique comment les auteurs de la plupart des constitutions ont cru nécessaire d'inscrire dans la constitution elle-même des *Garanties des droits*, qui ne font point double emploi avec la Déclaration proprement dite. Elle est la loi fondamentale s'imposant au législateur constituant et au législateur ordinaire, et celui-là ne fait que remplir l'obligation que lui impose la loi supérieure, en faisant interdiction à celui-ci de violer les principes de cette loi supérieure. Dans le système de 1789, il y a trois catégories de lois se hiérarchisant, les Déclarations des droits, les lois constitutionnelles et les lois ordinaires. Le législateur constituant est soumis aux Déclarations, et le législateur ordinaire au législateur constituant. *A fortiori* le législateur ordinaire est-il lié par les Déclarations des droits, et s'il n'y a pas dans la constitution des dispositions rappelant ou garantissant les droits inscrits dans la Déclaration, le législateur ordinaire n'en reste pas moins lié par la Déclaration et il lui est toujours interdit de les violer, sous peine de faire une loi contraire au droit.

Mais, peut-on dire, en admettant que la Déclaration des droits de 1789 eût en effet force législative positive au moment où elle a été faite, elle était partie intégrante de la constitution de 1791; or celle-ci a perdu toute valeur légale du moment où le régime politique qu'elle établissait a été renversé. On a si bien considéré que la Déclaration des droits suivait le sort de la constitution qu'en 1793, en l'an III, on a fait de nouvelles Déclarations, qui ont, elles aussi, suivi le sort des constitutions dont elles faisaient partie et qui sont mortes depuis longtemps. On ajoute : si l'on peut soutenir que les dispositions d'une constitution, qui ne sont pas purement politiques, mais ont une portée générale et peuvent s'appliquer indépendamment de la forme du gouvernement établi par la constitution, continuent à s'appliquer même après la chute de ce gouvernement, ces dispositions ne valent cependant que comme lois ordinaires pouvant toujours être abrogées ou modifiées par le législateur ordinaire, par exemple la disposition de l'art. 75 de la constitution de l'an VIII appliquée comme loi ordinaire jusqu'à son abrogation par le décret du 19 septembre 1870, ou encore l'art. 76 de la constitution de l'an VIII sur l'inviolabilité du domicile, l'art. 5 de la constitution de 1848 abolissant la peine de mort en matière politique, toujours appliqués mais seulement comme lois ordinai-

res. Donc, si les dispositions de la Déclaration des droits de 1789 ont eu en 1789 force de loi fondamentale, si aujourd'hui elles ont encore force législative, elles ne sont que des lois ordinaires qui ne lient point le législateur.

On a répondu d'avance à cette manière de raisonner. Sans doute les dispositions des constitutions antérieures, ayant une portée générale et considérées comme encore en vigueur, n'ont que force de loi ordinaire. Mais la Déclaration des droits de 1789 ne faisait point partie, à proprement parler, de la constitution. Elle a été votée séparément et définitivement en 1789, et on a décidé, non pas qu'elle serait incorporée dans la constitution, mais qu'elle serait placée en tête de la constitution.

Le 4 août 1789, l'Assemblée décrète, à la presque unanimité, que « *la constitution sera précédée d'une Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* » (*Archives parl.*, 1re série, VIII, p. 341). On considérait si bien qu'elle était distincte de la constitution qu'au moment de la revision générale de celle-ci, Thouret, rapporteur, déclare « qu'il ne serait pas bon d'y faire aucun changement, et que cette Déclaration a acquis, en quelque sorte, un caractère sacré et religieux, qu'elle est devenue, depuis deux ans, le symbole de tous les Français » (*Archives parl.*, 1re série, XXIX, p. 266). L'Assemblée approuve la proposition de son rapporteur, et se borne à ordonner la correction d'une faute d'impression dans l'art. 17 où on avait imprimé *les propriétés* au lieu de *la propriété*. Tout cela montre bien que la Déclaration des droits était distincte de la constitution, que, suivant l'expression de Dupont de Nemours, elle était, dans la pensée de ses auteurs, « la loi fondamentale des lois de notre nation et de celles des autres nations, qui doit durer autant que les siècles » (*Archives parl.*, 1re série, XXIX, p. 268).

73. Le principe d'égalité. — Le législateur ne peut faire aucune loi qui porte atteinte à l'égalité des individus. En 1789, on se borne à déclarer (Décl., art. 1) que les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit ; on ne met point l'égalité au nombre des droits individuels naturels. En 1793, dans l'énumération des droits naturels individuels, on place au premier rang le droit à l'égalité et on ajoute : « Tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi » (Décl. 1793, art. 2 et 3). En l'an III encore on place l'égalité au nombre des droits de l'homme, mais au second rang après la liberté (Décl. de l'an III, art. 1). La formule de la Convention est certainement moins exacte que celle de l'Assemblée nationale. Il est en effet difficile de concevoir l'égalité comme un droit,

ou du moins comme un droit distinct des autres droits; elle est la conséquence de ce que les hommes ont des droits dérivant de leur qualité d'hommes et qui par conséquent doivent être égaux. Le législateur ne peut pas faire de loi portant atteinte à l'égalité des hommes parce que par là il porterait atteinte certainement aux droits naturels de quelques-uns. Mais qu'importe ces distinctions un peu subtiles? Ce qu'il faut seulement signaler et retenir, c'est qu'en faisant de l'égalité un droit et en le plaçant au premier rang des droits de l'homme, la Convention de 1793 marquait nettement son intention de donner à l'égalité la prédominance sur la liberté. Le principe d'égalité était en harmonie parfaite avec les tendances dictatoriales de la Convention; il n'y a pas de gouvernement tyrannique qui n'ait eu pour but d'étendre un niveau égalitaire sur tous les individus. En invoquant le faux principe de l'égalité naturelle et absolue des hommes, on colorait d'une justification apparente la lourde tyrannie qu'on faisait peser sur le pays. Au contraire, le libre développement des activités individuelles, la tolérance libérale du gouvernement favorisent les inégalités, les différences intellectuelles et physiques entre les hommes et c'est le devoir de l'Etat de faire des lois en harmonie avec ces différences naturelles ou acquises.

Cela n'exclut point au reste, bien au contraire, l'égalité véritable, celle qui consiste, suivant une vieille formule, à traiter également les choses égales et inégalement les choses inégales. L'égalité absolue, mathématique des hommes comprise à la manière de 1793 est, on l'a dit très justement, le paradoxe de l'égalité; elle aboutit en réalité à l'inégalité. Ce n'est point celle d'ailleurs qu'avait en vue l'Assemblée de 1789.

D'abord, en déclarant que les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits, jamais, en 1789, on n'eut la pensée d'affirmer le principe de l'égalité politique, c'est-à-dire l'égale participation de tous à

la puissance publique (cf. *supra*, § 23). La Convention au contraire en 1793, mettant au premier plan l'égalité naturelle et sociale des hommes, établit le suffrage universel égalitaire (Décl. 1793, art. 3). C'est aussi au nom du principe d'égalité qu'en 1848 on proclame le suffrage universel direct et égalitaire; et aujourd'hui encore tout un parti voit dans le suffrage universel, tel que nous le pratiquons, l'application nécessaire du principe d'égalité. Cependant, dans la réalité des choses, le système du suffrage universel, dit égalitaire, est la violation du vrai principe d'égalité. Qu'on accorde à tous une participation à la puissance publique, cela est juste puisque tous ont intérêt à ce que les affaires publiques soient bien gérées et que tous supportent les charges publiques. Mais qu'on accorde à tous une égale participation à la puissance publique, sous prétexte que tous sont membres du corps social, c'est un pur sophisme, car si tous les individus sont membres du corps social, ils rendent à la société des services différents et ont une capacité différente. Par conséquent, pour respecter le principe d'égalité on devrait accorder à chacun une participation à la puissance politique variant suivant sa capacité et les services qu'il est susceptible de rendre et qu'il rend en effet à la société. Ce serait moins simple que de dire : tout citoyen a une voix et n'a qu'une voix; mais ce serait plus équitable et plus conforme à la vérité des choses.

En 1789, quand on proclamait le principe de l'égalité, on voulait surtout affirmer que tous les citoyens doivent être protégés par la loi de la même manière, avec la même force, dans leur personne et leur propriété, non pas qu'ils aient tous exactement les mêmes prérogatives sociales; mais les prérogatives dont ils disposent doivent recevoir de la loi exactement la même protection sans distinction de personne ou de classe. « La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège... » (Déclaration des droits de 1789,

art. 6). Ainsi tout homme a le droit de devenir propriétaire ; mais tous les hommes n'ont point le droit d'avoir la même quantité de richesse, car, si l'appropriation des richesses est le résultat du travail, tous les hommes n'ont pas la même capacité, la même habileté et ne produisent pas la même quantité de richesse. Mais tous les propriétaires petits ou grands devront être protégés par la loi exactement de la même manière et avec la même énergie.

De même que la loi doit assurer à tous une égale protection, de même elle doit, pour les mêmes infractions, infliger les mêmes peines. « Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » (Déclar. 1789, art. 6). La loi devra établir les mêmes peines sans distinction de classes sociales. Mais toutefois le législateur porterait l'égalité à un point où elle serait de l'inégalité s'il ne laissait au juge aucune liberté d'appréciation. L'application de la peine doit varier suivant la situation personnelle du délinquant. L'individualisme de la peine est la condition même de l'égalité dans l'application de la loi pénale.

Le principe de l'égalité interdit au législateur d'établir des exclusions au point de vue de l'accession de tous aux dignités, places et emplois. La règle a été formulée en termes parfaits à l'art. 6 : « Tous les citoyens étant égaux à ses yeux (de la loi) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents » (Rap. Déclar. de 1793, art. 5). Nul ne peut donc, à cause de son origine, de ses croyances philosophiques, religieuses, de ses convictions politiques, être exclu de tel ou tel emploi, être privé de telle ou telle prérogative. Toute loi qui prononcerait une pareille exclusion violerait les principes de la Déclaration des droits.

L'article 14, § 1 de la loi du 1er juillet 1901 qui décide que « nul n'est admis à diriger, soit directement, soit par personne interposée,

un établissement d'enseignement de quelque ordre qu'il soit, ni à y donner l'enseignement s'il appartient à une congrégation religieuse non autorisée » est une violation flagrante des principes de la Déclaration des droits. En effet, l'affiliation à une congrégation religieuse résulte d'une adhésion intérieure à la règle de cette congrégation et de la formation de vœux, qui ne sortent pas du domaine de la conscience intime et par conséquent échappent à la prise de la loi. La disposition rapportée interdit l'accession de certains emplois à des citoyens pour des raisons étrangères à leur capacité, à leurs vertus, à leurs talents, en réalité à cause de leurs croyances intimes et de promesses purement morales faites par eux.

De même que les prérogatives, les charges doivent être égales pour tous, et en premier lieu l'impôt. On lit à l'article 13 de la Déclaration de 1789 : « Pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses de l'administration, une contribution commune est indispensable; elle doit être également répartie entre les citoyens en raison de leurs facultés ». Rap. Déclaration de l'an III, art. 16, Const. de l'an III, art. 306, Charles de 1814 et de 1830, art. 2, Const. de 1848, préamb. VII et art. 15. On a fait observer que les déclarations de 1789 et de l'an III et la constitution de l'an III parlaient d'une contribution établie sur les citoyens *en raison de leurs facultés*, qu'au contraire les Chartes et la constitution de 1848 parlaient d'un impôt établi sur chacun *en proportion* de sa fortune, que la formule des Déclarations permet l'établissement d'un *impôt progressif* sans qu'il y ait violation du principe d'égalité. Nous n'attachons pas beaucoup d'importance à ces différences de formules. La pensée très juste de la Déclaration de 1789 est incontestablement que l'impôt ne pèse pas plus lourdement sur telle classe de citoyens que sur telle autre. Il appartient à l'art économique de déterminer le système d'impôt qui pourra le mieux assurer une juste répartition des charges publiques; et si l'économie politique établit que l'impôt progressif s'approche plus de ce résultat que l'impôt proportionnel, le système d'impôt véritablement conforme au principe d'égalité sera l'impôt progressif.

Le législateur devra prendre garde de ne point établir, sous couleur d'impôt progressif, un impôt d'expropriation ou d'égalisation des fortunes. Par là il porterait au principe d'égalité une atteinte en sens inverse, mais aussi grave qu'en faisant peser l'impôt plus lourdement sur les petites fortunes que sur les grosses. Ce serait de plus une erreur profonde de croire que la progressivité doive être introduite partout ou point du tout. Certaines taxes peuvent devoir être progressives quand d'autres ne doivent pas l'être. En résumé point de règle absolue. C'est au législateur à régler la question suivant les circonstances en s'inspirant des données de la science financière et de la véritable notion d'égalité qu'on vient de déterminer.

En France, le principe de la progressivité a été, à notre avis, très justement introduit dans l'impôt sur les mutations par décès (LL. 5 février 1901, art. 2; 30 mars 1902, art. 10).

Mais nous considérerions comme contraire au vrai principe d'égalité une loi d'impôt qui dégrèverait complètement tous les citoyens dont le revenu n'excèderait pas un certain taux fixé par le législateur. Que tous les contribuables ne paient pas un impôt arithmétiquement proportionnel à leur revenu, cela se conçoit et peut être la condition d'une véritable égalité; mais que certains citoyens ne paient pas d'impôt du tout, il y a là une atteinte certaine à la loi d'égalité. Tous les membres du corps social profitent des services sociaux; il est donc absolument légitime qu'ils en supportent tous les charges en raison de leurs facultés.

Les questions d'impôt progressif, d'impôt proportionnel et de dégrèvement total des petits contribuables ne semblent pas s'être posées devant l'Assemblée de 1789. Mais à la Convention, ces questions ont été discutées à plusieurs reprises. Le projet de constitution girondine (tit. XII, art 4) formulait le principe de la proportionnalité de l'impôt; mais à l'art. 5 du même titre, il était dit: « Néanmoins la portion du produit de l'industrie et du travail qui sera reconnue nécessaire à chaque citoyen pour sa subsistance, ne peut être assujettie à aucune contribution ». D'autre part, le même jour (17 mars 1793), où sur la proposition de Barrère la Convention prenait le décret suivant: « Quiconque proposera ou tentera d'établir des lois agraires ou toutes autres lois et mesures subversives des propriétés territoriales, commerciales et industrielles, sera puni de mort », elle décidait: « Le principe de l'impôt *progressif* est décrété », et cela sur la proposition du même Barrère qui déclarait: « L'impôt *progressif* que je fais profession de regarder comme infiniment juste... » Le même jour, sur la proposition de Ramel Nogaret, la Convention votait le décret suivant: « Pour atteindre à une proportion plus exacte dans la répartition des charges que chaque citoyen doit supporter en raison de ses facultés, il sera établi un impôt gradué et progressif sur le luxe et les richesses tant foncières que mobilières » (Séance du 17 mars 1793, *Moniteur*, réimpression, XV, p. 740 et 741). La question fut reprise au moment de la discussion de la constitution montagnarde (17 juin 1793). Hérault de Séchelles, au nom du comité, proposait un article ainsi conçu: « Nul citoyen n'est dispensé de l'honorable obligation de contribuer aux charges publiques » (Const. de 1793, art. 101). Ce texte souleva d'assez vives protestations. Plusieurs députés proposèrent de le remplacer par ces formules: « 1° Les contributions sont en raison *progressive* des richesses; 2° on ne peut demander aucune contribution à celui qui n'a que l'absolu nécessaire ». Ducos appuya énergiquement les propositions de dégrèvement des petits contribuables: Cambon, Fabre d'Eglantine et Robespierre les combattirent; celui-ci terminait son curieux discours en disant: « Bien loin d'écrire dans la constitution

une distinction odieuse, il faut au contraire y constater l'honorable obligation pour tout citoyen de payer ses contributions ». Mais Robespierre proposait comme contre-partie d'inscrire dans la déclaration des droits le principe de l'obligation pour la « société de fournir le nécessaire à tous ceux de ses membres qui ne peuvent se le procurer par leur travail » (cf. § 93). L'article fut voté tel que le proposait le comité ; il est devenu l'art. 101 de la constitution de 1793 (17 juin 1793, *Moniteur*, réimpression, XVI, p. 678 et 679). On sait que malgré son vote de principe sur l'impôt progressif la Convention se sépara sans l'avoir organisé.

Le principe d'égalité implique aussi l'établissement égal pour tous des charges autres que l'impôt, et particulièrement d'une charge très lourde dans l'état général de paix armée, qui est malheureusement celui de tous les pays civilisés depuis trente-six années. La loi doit incontestablement répartir *également* les charges militaires entre tous les membres de la nation.

Mais nous croyons que le législateur se trompe qui croit atteindre ce résultat en décidant simplement que tous les Français doivent donner au pays un temps de service actif mathématiquement égal. Nous croyons, par exemple, que la dernière loi militaire (21 mars 1905), qui impose à tous les jeunes Français, sans distinction, un service actif de deux années, n'est qu'en apparence une loi d'égalité et aboutit en réalité à créer de graves inégalités. Un service actif de deux années est pour certains une charge beaucoup plus lourde que pour d'autres. Sans parler de ceux dont un service de deux années peut complètement entraver la carrière, pour tous les soutiens de famille, la présence de deux ans sous les drapeaux est particulièrement onéreuse, et cette plus grande charge est insuffisamment compensée par l'allocation d'un secours qui peut être donné aux familles dans le besoin. Cette inégalité se justifie d'autant moins qu'il est établi que pour beaucoup de jeunes soldats un service actif d'une année est largement suffisant pour leur éducation militaire.

En résumé, le principe d'égalité est une règle de notre droit public positif s'imposant au législateur et toute loi qui la violerait serait une loi inconstitutionnelle. Mais en même temps, cette égalité il faut l'entendre seulement en ce sens que tous les hommes doivent être également protégés par la loi, que les charges doivent être non pas arithmétiquement égales, mais proportionnelles. Il ne faut jamais oublier qu'en voulant réaliser l'égalité mathématique des hommes, on risque fort de créer de l'inégalité.

74. La liberté en général. — C'est le pouvoir qui

appartient à tout individu d'exercer ou de développer son activité physique, intellectuelle et morale, sans que le législateur y puisse apporter d'autres restrictions que celles qui sont nécessaires pour protéger la liberté de tous. La Déclaration des droits de 1789 contient de la liberté une définition à laquelle il n'y a rien à reprendre : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ; ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ». Rapprochez l'art. 6 de la Déclaration de 1793, qui dans un langage emphatique et moins clair exprime la même idée : « La liberté est le pouvoir qui appartient à l'homme de faire tout ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui : elle a pour principe la nature; pour règle la justice; pour sauvegarde la loi; sa limite morale est dans cette maxime : Ne fais pas à un autre ce que tu ne veux pas qu'il te soit fait » (Rap. Décl. de l'an III, art. 2 ; Const. de 1848, pr., IV et art. 8).

Ces bornes, qui, pour que la vie sociale soit possible, doivent être apportées à la liberté individuelle, ne peuvent être déterminées que par la loi (Décl. de 1789, art. 4). Cela veut dire d'abord qu'elles ne peuvent être déterminées que par l'organe spécialement chargé de faire la loi, et ensuite que ces bornes ne peuvent être établies qu'au moyen d'une décision prise par voie générale et abstraite, sans considération d'espèce et de personne, et non point par une décision individuelle et concrète prise en vue d'une personne ou d'une espèce déterminées (cf. § 35). Enfin ces restrictions apportées dans l'intérêt de tous à la liberté individuelle de chacun doivent être les mêmes pour tous. C'est la conséquence directe du principe d'égalité (cf. § 73).

La loi seule peut apporter des restrictions aux libertés individuelles, sous la condition expresse

qu'elles soient les mêmes pour tous, et qu'elles soient nécessaires pour assurer le libre développement de l'activité de chacun. Toute loi qui apporterait à la liberté individuelle des restrictions dépassant cette limite violerait le droit, comme aussi toute loi qui limiterait la liberté de quelques-uns dans des conditions plus rigoureuses que la liberté des autres.

Mais ce régime légal de la liberté peut être un régime de droit ou un régime de police. Ou plutôt, il doit être en principe un régime de droit ; il peut être exceptionnellement régime de police.

Régime de droit. — C'est celui dans lequel en principe l'activité individuelle, physique, intellectuelle, morale, religieuse, peut se manifester librement, sans aucune restriction préventive, sans aucune autorisation préalable. Et c'est seulement lorsque l'activité individuelle s'est manifestée contrairement au droit, que le législateur autorise l'autorité publique à intervenir pour punir, pour forcer à réparer ou pour annuler.

Par exemple, je peux manifester mon activité physique comme je l'entends, mais si je tue ou si je vole, je serai arrêté, jugé et condamné. Je peux circuler librement sur la voie publique à pied, en voiture, à bicyclette et en automobile, mais si je cause à quelqu'un un préjudice par mon imprudence ou ma négligence, je devrai le réparer. Je peux publier par la parole ou par l'écrit une opinion quelconque, mais si l'expression de cette opinion s'accompagne d'injure, de diffamation, d'excitation à des faits qualifiés crimes, l'autorité sera compétente en vertu de la loi pour prononcer contre moi une répression, une réparation, ou l'une et l'autre en même temps. Je puis faire tel contrat que je crois devoir faire, telle association qui me conviendra, mais si le faisant j'ai poursuivi un but contraire à la loi, l'autorité compétente, en vertu de la loi, prononcera l'annulation de ce contrat ou la dissolution de cette association.

Ces exemples font bien comprendre ce qu'est le *régime de droit,* lequel est le droit commun, dans le monde moderne, et constitue la condition essentielle de toute liberté. Mais si le régime de droit est le principe, il n'est pas exclusif, et une part peut et doit être faite à ce que nous appelons le régime de police.

Régime de police. — La loi qui limite la liberté de chacun dans l'intérêt de la liberté de tous, permet à l'autorité publique d'intervenir par voie préventive avant qu'aucune atteinte au droit ne soit faite, et cela dans le but de prévenir, dans la mesure du possible, le fait ou l'acte contraire au droit. C'est toujours la loi qui limite la liberté individuelle, qui la limite dans la mesure où cela est nécessaire pour protéger la liberté de tous. Mais la loi donne à l'autorité des pouvoirs particuliers, qui s'appellent des pouvoirs de police, et en vertu desquels elle peut d'avance prendre certaines mesures pour empêcher que tel acte ou que tel fait, contraire au droit, ne se produise.

Par exemple il est défendu de tuer et de voler, et la loi qui permet d'arrêter et de condamner le meurtrier ou le voleur n'est point une loi de police. Mais est au contraire une loi de police la loi qui permet aux autorités compétentes de prendre toutes mesures préventives (ronde d'agents, patrouilles, tournée de gendarmerie) pour éviter autant que possible qu'il ne soit commis des vols et des meurtres. Je puis circuler librement à pied ou par un moyen de locomotion quelconque sauf à réparer le préjudice que je cause par ma faute ou ma négligence. Mais cette circulation est, en même temps, soumise à un régime de police, puisque des lois ont établi ou permis aux autorités compétentes d'établir des dispositions portant interdiction d'employer tel moyen de locomotion, de marcher au delà d'une vitesse déterminée, etc... Je peux habiter telle maison que bon me semble et y mener la vie qu'il me plaît. Mais si une loi permet à l'autorité publique de m'ordonner de faire à ma maison, consi-

dérée comme dangereuse pour la santé publique, telles réparations qu'elle juge convenables, je suis soumis à un régime de police. Il y a encore régime de police si je ne puis entreprendre certain travail, exercer certaine industrie ou certain commerce, signer certains contrats ou former certaine association sans l'autorisation de l'autorité.

Ces exemples sont suffisants pour montrer la différence du régime de police et du régime de droit, et qu'il n'y a véritablement de liberté que là où existe le régime de droit. En France, en vertu même de la Déclaration des droits, le régime du droit est et doit être la règle. Cependant on n'a pas pu ne pas faire une certaine place au régime de police. Voici, à notre sens, les idées générales qui doivent guider le législateur. Lorsque la liberté veut s'exercer sur la voie publique ou, d'une manière générale, dans des endroits accessibles au public et particulièrement dans les endroits où (suivant l'expression de la loi du 5 avril 1884, art. 97, n° 3) il se fait de grands rassemblements d'hommes, il est juste et nécessaire qu'elle soit soumise à un fort régime de police, et l'on ne saurait dire que le législateur qui l'établit porte atteinte à la liberté individuelle. Ainsi se justifient toutes les lois de police destinées à assurer l'ordre, la tranquillité et la sécurité sur la voie publique. D'autre part, le législateur doit établir un régime de police, toutes les fois que le régime de droit, fondé sur le système répressif ou réparateur, serait impuissant à effacer le dommage social ou individuel. En pareil cas, il est évidemment légitime que le législateur établisse un régime de police tendant à prévenir, s'il est possible, le mal social, le préjudice individuel, qu'on ne pourrait réparer si l'on avait maintenu le pur régime de droit. La liberté est restreinte; nul ne peut se plaindre, puisqu'elle est restreinte dans l'intérêt de tous. Elle est restreinte préventivement; nul ne peut non plus se plaindre, parce que si elle ne l'était pas pré-

ventivement, la répression, la réparation seraient impuissantes à effacer le mal. Nulle part mieux qu'en matière d'hygiène publique n'apparaît la nécessité de lois soumettant la liberté à un régime de police. Mais le régime de police doit toujours être l'exception ; et il est en effet l'exception.

Aujourd'hui, le régime de police est surtout employé pour assurer la sécurité et la tranquillité dans les endroits publics et au point de vue de l'hygiène publique. La grande loi du 15 février 1902 sur la protection de la santé publique a apporté de nombreuses restrictions préventives à l'exercice de la liberté en vue de l'hygiène et a donné dans le même but des pouvoirs très étendus aux autorités administratives. Au contraire, la liberté d'opinion, la liberté de réunion, la liberté de la presse, la liberté religieuse, la liberté d'association, sont placées sous un véritable régime de droit, sauf quelques très rares exceptions, comme cela sera expliqué aux §§ 86-90.

D'autre part, si l'existence d'un régime de police à côté du régime de droit est une chose très légitime, il faut, pour qu'il ne présente pas de graves inconvénients, que le législateur prenne des précautions sérieuses contre l'arbitraire, et il ne faut pas oublier que le régime de police doit être en même temps un régime légal. L'autorité administrative ne doit jamais pouvoir intervenir en matière de police, pas plus que dans les autres matières, que dans les cas et sous les conditions déterminés par la loi (cf. § 95).

Les auteurs ont proposé des définitions très diverses de la police. En général, on donne, il nous semble, des définitions trop larges. M. Hauriou dit par exemple que « la police est le règlement de la cité, c'est-à-dire le maintien de l'ordre public assuré par une réglementation appuyée sur la force publique et sur les organisations publiques » (*Droit administ.*, 5e édit., 1903, p. 505). Une pareille définition comprend le système législatif tout entier, et il n'y a pas une de nos lois civiles, politiques, administratives ou pénales qui n'ait pour but d'assurer l'ordre public, qui ne repose sur la force publique et sur les organisations publiques ; on peut le dire même des lois qui paraissent n'avoir d'autre but que la protection des droits privés, car si le législateur protège les droits privés, c'est parce qu'il considère que l'ordre public est intéressé à ce qu'ils le soient, et la réglementation qu'il établit dans ce but s'appuie sur la force publique et sur l'organisation publique (organisation judiciaire). Nous adresserons une critique analogue à la définition donnée par M. Otto Mayer : « La police est l'activité de l'Etat en

vue de défendre, par les moyens de la puissance d'autorité, le bon ordre de la chose publique contre les troubles que les existences individuelles peuvent y apporter » (*Droit administ.*, édit. franç., 1904, II, p. 7).

75. La liberté individuelle. — On appelle généralement ainsi la liberté qu'il serait peut-être plus exact d'appeler *physique* et que le législateur de 1791 a définie en disant : « La constitution garantit..... la liberté à tout homme d'aller, de rester, de partir sans pouvoir être arrêté, ni détenu que selon les formes déterminées par la constitution » (Const. 1791, tit. I, § 2). Il faut rapprocher l'art. 7 de la Déclaration des droits : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant; il se rend coupable par la résistance ».

Rapp. Const. 1791, tit. III, ch. v, art. 10-16; Déclar. des droits de 1793, art. 10; Déclar. des droits de l'an III, art. 8 et Const. an III, art. 222-232; Const. an VIII, art. 77-82; Sénatus-consulte 28 floréal an XII, art. 60-63, 101, 112, 119; Charte 1814, art. 4; Const. de 1848, art. 2; Const. de 1852, art. 26. On voit par ces citations qu'il est peu de principes de notre droit public qui aient été plus souvent et plus solennellement affirmés.

Il résulte de ces textes que pour que la liberté individuelle soit véritablement reconnue et protégée par la loi, il faut que trois conditions soient réunies : 1° Il faut que nul individu ne puisse être arrêté et détenu que dans les cas qui sont expressément déterminés par la loi; 2° Il faut que l'arrestation et la détention d'un individu ne puissent être ordonnées que par des fonctionnaires qui présentent des garanties particulières d'indépendance, garanties que, dans l'organisation française et dans les organisations similaires, ne paraissent devoir présenter que les fonctionnaires dits judiciaires; 3° Il faut qu'une responsabilité effective puisse atteindre les fonctionnaires qui permettent, ordonnent ou maintiennent des arrestations illégales.

Ainsi la liberté individuelle a été conçue, par les auteurs de nos Déclarations et de nos constitutions, comme intimement liée aux institutions sociales qui la protègent.

Par là, l'Etat moderne est obligé non seulement de ne faire aucune loi qui porte atteinte à la liberté individuelle en elle-même, mais encore d'établir et de maintenir dans ses lois les trois éléments qui viennent d'être indiqués et qui constituent la protection de la liberté individuelle. La liberté individuelle ainsi protégée, c'est la *sûreté*. Or, comme aux termes mêmes de l'art. 2 de la Déclaration de 1789 la sûreté est un droit individuel, le législateur ne peut porter aucune atteinte à la sûreté, c'est-à-dire à aucun des trois éléments qui constituent la protection de la liberté individuelle.

S'il n'y a pas de principe qui ait été plus solennellement, plus nettement et plus fréquemment affirmé que celui de la liberté individuelle, il n'en est pas non plus qui ait été plus souvent et plus profondément violé. Aucun gouvernement n'y a porté d'ailleurs d'atteinte plus grave que la Convention. Il suffit de citer la loi du 17 septembre 1793, rendue sur le rapport de Merlin de Douai, et qui décide « qu'immédiatement après la publication du présent décret, tous les gens suspects qui se trouvent sur le territoire de la république et qui sont encore en liberté seront mis en état d'arrestation » et qui charge « *les comités de surveillance*... de dresser, chacun dans son arrondissement, les listes des gens suspects, de décerner contre eux les mandats d'arrêt... ». L'art. 7 portait que les détenus *resteront gardés jusqu'à la paix*. Enfin l'art. 10 permettait aux tribunaux civils et criminels de faire retenir en état d'arrestation comme gens suspects, « *les prévenus à l'égard desquels il serait déclaré n'y avoir pas lieu à accusation ou qui seraient acquittés* ». La loi du 19 fructidor an V, au lendemain du coup d'Etat de fructidor, décide que sans jugement 65 citoyens français seront immédiatement déportés dans le lieu que déterminera le Directoire, et que tous les individus inscrits sur les listes d'émigrés et non rayés définitivement seront tenus de sortir du territoire de la république dans les vingt-quatre heures ou les quinze jours...; que passé ce délai, ils seront traduits devant une commission militaire... » (art 13, 15 et 16).

A côté de ces dispositions, les atteintes portées à la liberté individuelle par les autres gouvernements sont bien légères. Loin de nous la pensée de les excuser. Mais c'est travestir l'histoire que de ne point placer au premier plan dans l'énumération des lois attentatoires à la liberté individuelle celles de la Convention et du Direc-

toire. Cf. notamment l'exposé des motifs de la proposition Clémenceau, *J. off.*, *doc. parl.*, sénat, sess. extraord., 1904, p. 59.

La législation napoléonienne s'inspire tout entière assurément d'une pensée absolutiste et du désir d'armer énergiquement les représentants de l'autorité. Il est certain que, sans parler des mesures exceptionnelles et spécialement du décret du 3 mars 1810, la législation consulaire et impériale, dont beaucoup de dispositions sont encore aujourd'hui en vigueur, n'établissait pas de garanties suffisantes en faveur de la liberté individuelle. L'art. 46 de la constitution de l'an VIII portait : « Si le gouvernement est informé qu'il se trame quelque conspiration contre l'Etat, il peut décerner des mandats d'arrêt et des mandats d'amener contre les personnes... ; mais si dans le délai de 10 jours après leur arrestation, elles ne sont pas mises en liberté ou en justice réglée, il y a de la part du ministre signataire du mandat crime de détention arbitraire ». Pour assurer au moins en apparence l'application de ce texte, le sénatus-consulte du 28 floréal an XII (art. 60-63) créa une *commission sénatoriale de la liberté individuelle*. Cette commission obéit fidèlement aux ordres du gouvernement impérial. Cf. Aulard, *La liberté individuelle sous Napoléon Ier*.

Dans le code d'instruction criminelle, des dispositions très nettes étaient prises en faveur de la liberté individuelle. En principe, les arrestations ne peuvent être ordonnées que par des magistrats de l'ordre judiciaire ; et, d'autre part, l'art. 93, § 3, d'ailleurs toujours en vigueur, porte : « Tout inculpé arrêté en vertu d'un mandat d'amener qui aura été maintenu pendant plus de 24 heures dans la maison de dépôt ou d'arrêt sans avoir été interrogé par le juge d'instruction ou conduit..... devant le procureur impérial sera considéré comme arbitrairement détenu. Tous gardiens, chefs de maison de dépôt ou d'arrêt, tous procureurs impériaux, qui ne se seront pas conformés aux dispositions du paragraphe précédent seront poursuivis comme coupables d'attentat à la liberté ».

Mais incontestablement, si le principe de la responsabilité des agents coupables d'attentat à la liberté individuelle était formellement reconnu, il était bien difficile de le mettre en œuvre. D'abord l'attentat à la liberté individuelle étant qualifié crime (C. pénal, art. 114), seul le ministère public, placé sous la dépendance directe du gouvernement, peut mettre l'action publique en mouvement contre le fonctionnaire qui s'en est rendu coupable. D'autre part, l'art. 75 de la const. de l'an VIII n'est point abrogé par le code d'inst. crim., il ne le sera que par le décret du 19 septembre 1870, et aucune poursuite pénale ou civile ne peut avoir lieu contre les agents administratifs sans l'autorisation du gouvernement en conseil d'Etat. Contre les fonctionnaires de l'ordre judiciaire l'action publique ne peut être intentée que suivant des formalités spéciales et compliquées déterminées aux art. 483 à 503 du code d'inst. crim. Enfin, l'action civile contre un fonctionnaire judiciaire ne peut

être formée que suivant la procédure périlleuse et compliquée de la prise à partie (C. inst. crim., art. 112 et C. proc. civ., art. 505-516), procédure dont on a dit « qu'elle était si étroitement et si odieusement limitée qu'il n'est pas d'exemple qu'une partie lésée ait encore pu en sortir » (P. Lacroix, *Revue pénitentiaire*, 1901, p. 11). Il faut ajouter que les magistrats, et particulièrement les juges d'instruction, qui étaient en fait irresponsables, étaient armés de pouvoirs extraordinairement étendus (C. inst. crim., art. 54 et suiv.). Un juge d'instruction a qualifié lui-même ces pouvoirs « de formidables, presque effrayants » (Albanel, *Devant le juge d'instruction*, *Grande revue*, 1er août 1901).

Ce n'est pas tout : le code d'instr. crim. contient un art. 10 qui est une atteinte flagrante au principe de la liberté individuelle telle que le consacrent la Déclaration et la constitution de 1789-91. Ce texte, qui n'est point encore abrogé et forme une tache regrettable dans notre législation, est ainsi conçu : « Les préfets des départements et le préfet de police à Paris pourront faire personnellement ou requérir les officiers de police judiciaire de faire tous actes nécessaires à l'effet de constater les crimes, délits et contraventions et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir, conformément à l'art. 8 ». Ainsi le code d'inst. crim. donne à un fonctionnaire purement administratif, à un agent du gouvernement dépendant exclusivement et directement de lui, le pouvoir de procéder à des arrestations et cela en violation flagrante des principes de liberté individuelle et de sûreté, tels qu'on les a définis d'après la Déclaration des droits.

Le gouvernement impérial ne se crut pas cependant suffisamment armé. Par le décret du 3 mars 1810 sur les prisons d'État, une atteinte flagrante était portée à la liberté individuelle : une simple décision du conseil privé suffit pour ordonner et maintenir l'incarcération des prisonniers d'État pendant une année et cette incarcération peut être renouvelée indéfiniment chaque année (art. 1-8). Ni la *commission sénatoriale de la liberté individuelle*, ni le sénat ne songèrent, sur le moment, à protester et le sénat ne s'aperçut de l'inconstitutionnalité du décret que lorsque le maître était déjà à terre. V. l'acte de déchéance du 3 avril 1814.

Sous la Restauration, malgré l'art. 4 de la Charte, la loi du 29 octobre 1815 *relative à des mesures de sûreté générale*, décide (art. 1), « que tout individu qui aura été arrêté comme prévenu de crimes ou de délits contre la personne ou l'autorité du roi, contre les personnes de la famille royale ou contre la sûreté de l'État pourra être détenu jusqu'à l'expiration de la présente loi, si avant cette époque il n'a été traduit devant les tribunaux ». Il est vrai que l'art. 4 de la loi portait que si la présente loi n'était pas renouvelée dans la prochaine session des chambres, elle cesserait de plein droit son effet. La loi du 12 février 1817 édictait une nouvelle mesure de sûreté générale en décidant que jusqu'au 1er janvier 1818

tout individu prévenu de complot ou machinations contre la personne du roi, la sûreté de l'Etat ou les personnes de la famille royale pourrait..., sans qu'il y ait nécessité de le traduire devant les tribunaux, être arrêté et détenu en vertu d'un ordre du président du conseil des ministres et du ministre de la police générale. Enfin la loi du 26 mars 1820, portée après l'assassinat du duc de Berry, reproduit la même disposition qui, d'après l'art. 5, cessera d'avoir son effet si elle n'est pas renouvelée dans la prochaine session des chambres.

Le gouvernement de juillet respecta le principe de la liberté individuelle et n'eut point recours à des mesures de sûreté générale. On verra plus loin qu'il ne respecta pas également la liberté de la presse (cf. L. 9 septembre 1835). La république de 1848 ne fit rien de particulier ni pour ni contre la liberté individuelle.

Bien que l'art. 1 de la constitution de 1852 « reconnaisse, confirme et garantisse les grands principes proclamés en 1789 », la circulaire des ministres de la justice, de la guerre et de l'intérieur du 3 février 1852 crée les *Commissions mixtes*. Dans chaque département est instituée une commission composée du préfet, du général commandant et du procureur général dans les chefs-lieux de cour d'appel, du procureur de la république dans les autres chefs-lieux de département; toutes les autorités judiciaires, administratives et militaires, qui ont été chargées d'informer sur les faits se rattachant aux événements de décembre 1851, sont dessaisies, et les *Commissions mixtes* statueront sur le sort des individus encore retenus en prison à l'occasion de ces faits. Elles reçoivent le pouvoir d'ordonner le renvoi devant un conseil de guerre, la transportation à Cayenne, la transportation en Algérie, l'expulsion de France, l'éloignement momentané du territoire, l'internement, le renvoi en police correctionnelle, la mise sous la surveillance de la police générale, la mise en liberté. Ainsi une simple circulaire ministérielle supprimait, pour les citoyens inculpés à l'occasion des événements de décembre, toutes les garanties élémentaires de la liberté individuelle. C'était plus « qu'une opération de police un peu rude », suivant l'expression de M. Melchior de Voguë, c'était au premier chef un acte dictatorial et tyrannique. Les dispositions de la circulaire du 4 février furent complétées par une série de décrets, 5 et 26 mars, 26 avril 1852.

D'après l'art. 26 de la constitution de 1852, le sénat recevait entre autres fonctions celle de s'opposer à la promulgation des lois qui seraient contraires ou porteraient atteinte... à la liberté individuelle (cf. art. 25). Mais pas plus que le sénat du premier empire, le sénat de 1852 ne songea à s'élever contre les actes et les lois portant atteinte à la liberté individuelle dans un intérêt gouvernemental. Une première loi du 9 juillet 1852 permet l'interdiction par voie administrative du séjour dans le département de la Seine et dans l'agglomération lyonnaise. La loi de sûreté générale du 27 février

1858 (qui ne trouve au sénat qu'un seul opposant) décide que les individus condamnés pour un des délits prévus par cette loi et pour certains autres crimes ou délits, peuvent être, par mesure de sûreté générale, internés dans un département de l'empire ou d'Algérie ou expulsés du territoire français (art. 5 et 6). Aux termes de l'art. 7, peut être l'objet des mêmes mesures tout individu qui a été condamné, interné, expulsé ou transporté par mesure de sûreté générale à l'occasion des événements de mai et de juin 1848, de juin 1849 ou de décembre 1851, et que des faits graves signaleraient de nouveau comme dangereux pour la sûreté publique. Les mesures de sûreté générale, ainsi autorisées par cette loi, doivent être prises par le ministre de l'intérieur sur l'avis du préfet du département, du général qui y commande, du procureur général ou du procureur impérial dans les chefs-lieux où il n'y a pas de cour. Ces pouvoirs dictatoriaux devaient cesser le 31 mars 1865, à moins qu'ils ne fussent renouvelés avant cette date. Le gouvernement impérial n'en demanda point le renouvellement. La loi de 1858 fut la dernière loi de sûreté générale, et l'année même où cessait son application, le gouvernement impérial faisait voter la loi du 14 juillet 1865 *sur la liberté provisoire*.

Le gouvernement de la république, depuis 1870, et c'est son honneur, n'a pas édicté une seule loi qui fût contraire au principe de la liberté individuelle. Mais, d'un autre côté, notre législation générale n'a point été sensiblement améliorée, et elle protège encore bien imparfaitement la liberté individuelle. Un des premiers actes, il est vrai, du Gouvernement de la Défense nationale a été l'abrogation, par le décret du 19 septembre 1870, de l'art. 75 de la constitution de l'an VIII. D'après la jurisprudence du tribunal des conflits inaugurée par le jugement *Pelletier*, du 26 juillet 1873 (S., 74. II. 28), lorsqu'une action en responsabilité est dirigée contre un fonctionnaire le conflit peut toujours être élevé, même au cas où le particulier se plaint d'une arrestation illégale, et le tribunal des conflits est compétent pour juger s'il y a faute de fonction ou faute personnelle, les tribunaux judiciaires n'étant compétents que dans ce dernier cas (cf. § 67). L'art. 10 du code d'instr. crim. est toujours en vigueur, et, si la jurisprudence et la doctrine ont essayé d'en restreindre la portée, légalement il arme toujours les préfets, agents politiques, de pouvoirs redoutables. Dans une circulaire aux préfets du 4 août 1906, M. Clémenceau, ministre de l'intérieur rappelle que la doctrine républicaine s'est de tout temps élevée contre les pouvoirs exceptionnels conférés aux préfets par l'art. 10 et leur ordonne de ne « jamais user de ces pouvoirs sans en référer au préalable au ministre de l'intérieur » (*Le Temps*, 5 août 1906). La loi du 8 décembre 1897 n'a apporté que de bien légères améliorations à la loi du 14 juillet 1865 sur la mise en liberté provisoire. Mais il convient de dire que cette même loi de 1897 a introduit quelques heureuses innovations relativement à l'interrogatoire des

inculpés et aux garanties de l'instruction, en établissant le droit pour l'inculpé de se faire assister d'un défenseur pendant tous les actes de l'instruction. Les art. 4 et 5 de cette loi prévoient le cas où l'inculpé a été trouvé hors de l'arrondissement où a été délivré le mandat ; il est alors conduit devant le procureur de la république de l'arrondissement où il a été trouvé, et la loi indique une série de mesures destinées à éviter que l'arrestation soit inutilement prolongée. Rapp. la loi du 15 juin 1899 qui étend à la procédure devant les conseils de guerre certaines dispositions de la loi de 1897.

« Tout dépositaire de la force publique et même toute personne est tenue de saisir le prévenu surpris en flagrant délit ou poursuivi soit par la clameur publique, soit dans les cas assimilés au flagrant délit et de le conduire devant le procureur de la république, sans qu'il soit besoin de mandat d'amener si le crime ou délit emporte peine afflictive ou infamante » (C. inst. crim., art. 106). Cette disposition se justifie d'elle-même. D'après la loi du 20 mai 1863 tout inculpé arrêté en état de flagrant délit pour un fait puni de peines correctionnelles est immédiatement conduit devant le procureur de la république qui l'interroge, et s'il y a lieu le traduit sur le champ à l'audience du tribunal ; en ce cas le procureur de la république peut mettre l'inculpé sous mandat de dépôt (art. 1).

M. Clémenceau, dans l'exposé des motifs de la proposition de loi déjà citée, estime que la garantie primordiale de la liberté individuelle doit être dans une responsabilité sévère et fortement organisée des magistrats judiciaires (*J. off., doc. parl.*, sénat, sess. extraord., 1904, p. 59). La même idée inspire aussi la proposition de loi de M. Cruppi, sur les garanties de la liberté individuelle et sur la responsabilité des magistrats (*J. off., doc. parl.*, chambre, sess. ord., 1905, p. 50). M. Clémenceau et M. Cruppi ont raison. Mais selon nous la meilleure des garanties de la liberté individuelle se trouverait dans une sage, mais profonde réforme de la magistrature, dans un recrutement du personnel judiciaire qui donnerait des magistrats prudents, instruits et indépendants. En attendant la chancellerie devrait renoncer à une regrettable pratique, qui consiste à donner l'instruction à de jeunes juges suppléants sans expérience et sans sérieux, et exercer une surveillance plus active sur les pratiques des parquets. L'art. 38 de la loi du budget du 17 avril 1906 charge le gouvernement de faire dans les trois mois un règlement « qui fixera les garanties spéciales de capacité professionnelle pour les candidats aux fonctions judiciaires et instituera pour les magistrats un tableau d'avancement ». Ce règlement a été fait ; il porte la date du 18 août 1906. Outre le tableau d'avancement des magistrats, il établit un concours pour l'entrée dans la magistrature.

L'abrogation de l'art. 10 du code d'inst. crim. s'impose. Elle est prévue dans les diverses propositions relatives à la liberté individuelle. Outre les propositions Clémenceau et Cruppi, cf. la proposition Léonce de Castelneau, *J. off., doc. parl.*, chambre, sess.

extraord., 1903, p. 133. V. aussi, Douay, *Les garanties de la liberté individuelle*, thèse Paris, 1905. Dans la 2e séance du 12 juillet 1906, la chambre des députés a déclaré l'urgence d'une proposition de M. de Ramel tendant à garantir la liberté individuelle.

La liberté individuelle en Angleterre. — Il est de mode d'opposer à l'insuffisance de la législation française relativement à la liberté individuelle les dispositions essentiellement protectrices de la législation anglaise à cet égard. Il y là un lieu commun qu'il est imprudent d'affirmer sans restriction. Nous ne contestons pas que la liberté individuelle du citoyen anglais soit moins exposée que celle du citoyen français. Mais nous croyons qu'en Angleterre les garanties de la liberté individuelle se trouvent bien moins dans les textes légaux que dans l'esprit public, dans les traditions dont s'inspirent les autorités publiques et surtout dans l'indépendance, la sagesse et l'expérience des magistrats anglais.

Depuis la *Grande charte* de 1202 le principe de la liberté individuelle est considéré comme une règle essentielle du droit public anglais. Ce principe est encore formulé très nettement dans la *Pétition des droits* imposée en 1627 à Charles Ier par le parlement. On y demande : ... 2° qu'aucun homme libre ne soit arrêté, ni détenu sans formalité judiciaire. Dans la déclaration de Bréda, Charles II ne faisait que de très vagues déclarations. Le principe de la liberté individuelle ne fait pas de doute ; il est théoriquement incontestable et incontesté ; ce qui fait défaut c'est une organisation pratique garantissant d'une façon certaine la liberté individuelle. Il existait cependant depuis longtemps une institution destinée à protéger cette liberté, le *Writt d'Habeas corpus*, acte délivré par la juridiction compétente et enjoignant à celui qui détient un prisonnier de déclarer quel jour et pour quelle cause il a été arrêté et il est détenu. Cet acte s'appelle *Writt d'Habeas corpus* parce qu'il commence par ces mots : « *Habeas corpus ad subjiciendum...* ». Il avait été consacré par de nombreux et d'anciens statuts d'Edouard III et même de Charles Ier. Mais cette garantie se trouvait insuffisante contre le despotisme renaissant des Stuarts, dont les juges se faisaient souvent les complices. C'est à cela que vient répondre le *Bill d'Habeas corpus* de 1679 qui règle encore l'organisation des garanties existant au profit de la liberté individuelle.

Toute personne arrêtée et détenue doit recevoir du lord chancelier ou à la requête de celui-ci, de l'un des juges compétents, un *Writt d'Habeas corpus*. En vertu de cet acte, le prévenu est amené devant le magistrat qui a délivré le *Writt* ou devant un autre juge compétent. Ce magistrat est obligé de prononcer immédiatement sa mise en liberté, s'il peut fournir caution de se présenter devant la justice. Cette mise en liberté constitue un droit pour le citoyen anglais. Voilà assurément le point où la législation anglaise présente une supériorité sur la législation française. La loi du 14 juillet 1865 ne fait que dans de rares circonstances, de la mise en liberté provi-

soire, un droit pour l'inculpé; il est vrai que dans ce cas, l'inculpé est mis en liberté sans obligation de fournir caution.

Le bill de 1679 contenait une sanction énergique de ses dispositions. Toutes les fois qu'est présenté un ordre d'arrestation au magistrat compétent et que celui-ci refuse un *Writt d'Habeas corpus*, son refus lui fait encourir une amende de 500 livres au profit de la partie lésée. Il prononce en outre une amende de 100 livres pour la première fois, une amende double en cas de récidive et la déchéance de l'emploi contre l'officier public et le geôlier, s'ils négligent de faire exactement leur rapport sur l'acte d'arrestation, s'ils omettent de donner au prisonnier ou à son mandataire, dans les six heures après sa demande, une copie de l'acte d'arrestation, s'ils font transporter le prisonnier d'une prison dans une autre sans motif suffisant ou sans autorisation. Aucune personne une fois mise en liberté sur un *Writt d'Habeas corpus* ne peut être arrêtée de nouveau pour le même délit, sous peine d'une amende de 500 livres. Enfin le *Bill d'Habeas corpus* contient une série de dispositions sur le flagrant délit. En ce cas l'arrestation immédiate peut avoir lieu par le constable; et tout particulier présent a le devoir de faire tout ce qu'il peut pour saisir le coupable pris sur le fait; il encourt lui-même une punition s'il le laisse échapper.

Les dispositions du *Bill d'Habeas corpus* de 1679 forment encore le fond du droit anglais relativement à la protection de la liberté individuelle. Le bill est considéré comme un texte fondamental du droit public anglais. Mais comme les Anglais n'admettent point la distinction des lois constitutionnelles rigides et des lois ordinaires et que le parlement possède une puissance législative sans limite, il pourrait certainement légalement l'abroger, le modifier ou le suspendre. De fait, le parlement a touché à plusieurs reprises au *Bill d'Habeas corpus*. D'une part, par l'acte de 1816 (56, Georges III, c. 100), il a amélioré la procédure de l'*Habeas corpus* en appliquant aux cas non criminels la procédure du grand *Habeas corpus;* et, par là, écrit M. Dicey « la liberté individuelle est garantie aujourd'hui en Angleterre autant que les lois peuvent le faire » (*Introduction au droit constitutionnel,* édit. franç., 1902, p. 196). Mais, d'autre part, le parlement n'a pas hésité dans certaines circonstances à suspendre l'application du *Bill d'Habeas corpus* pour des considérations politiques, par exemple par l'acte de 1793 (34, Georges III, c. 54). Mais, à propos de ce *Suspension act* et d'autres analogues, M. Dicey écrit : « On ne peut douter que cela soit une atteinte sérieuse aux garanties de la liberté individuelle sanctionnées par les actes *Habeas corpus;* mais il s'en faut de beaucoup qu'il y ait une suspension générale du droit au *Writt d'Habeas corpus;* cela n'affecte en aucune manière les privilèges des personnes qui ne sont pas emprisonnées sous une accusation de haute trahison. Dès lors, l'effet unique, direct et immédiat de la suspension de l'acte d'*Habeas corpus* est celui-ci : le ministère peut, pendant la mise en

vigueur de l'acte de suspension, retarder la mise en jugement des personnes emprisonnées sous l'inculpation de trahison ; cette augmentation du pouvoir exécutif n'est pas une bagatelle ; toutefois nous sommes loin du procédé connu en quelques pays étrangers sous le nom de « suppression des garanties constitutionnelles » et en France de « la proclamation de l'état de siège » (Dicey, *loc. cit.*, p. 204 et 205).

Malgré leur respect pour la liberté individuelle, les Anglais n'ont point hésité à établir parfois sous le nom de *Coercion acts* de véritables lois de sûreté générale. Un des plus notables est assurément l'acte de 1881 (44 Victoria, c. 4) applicable en Irlande. Par cet acte l'administration en Irlande recevait le pouvoir absolu de procéder à toute arrestation arbitraire et préventive ; elle pouvait sans violer la loi maintenir en prison toute personne arrêtée comme suspecte pendant la période entière de mise en vigueur de l'acte. M. Dicey fait observer que sans doute le lord-lieutenant ne pouvait faire arrêter que des personnes suspectes de trahison ou d'un acte tendant à troubler l'ordre et la loi, mais que comme l'acte faisait du mandat même lancé par le lord-lieutenant la preuve décisive des charges qu'il contenait, celui-ci pouvait faire arrêter toute personne qu'il jugeait nécessaire d'incarcérer, à la seule condition que le mandat mentionnât les accusations requises par l'acte. Le *Prevention of crime Ireland act*, 1882, (45 et 46 Victoria, c. 25), vint donner à l'administration irlandaise d'autres pouvoirs extraordinaires, par exemple la suppression pour certains crimes du droit d'être jugé par le jury, l'arrestation des étrangers trouvés dehors pendant la nuit dans des circonstances suspectes, la saisie des journaux, etc. Cette législation exceptionnelle n'est plus aujourd'hui en vigueur en Irlande.

76. Des cas où la liberté individuelle est soumise à un régime de police. — Quoi qu'on pense de l'insuffisance des dispositions légales qui protègent en France la liberté individuelle, il n'est pas douteux cependant qu'elle y est en principe soumise à un régime de droit. Mais il y a des cas, et des cas trop nombreux, où la liberté individuelle est encore en France soumise à un régime de police. Il n'est pas inutile d'indiquer les principaux.

L'état de siège. — Il ne faut pas confondre l'état de siège fictif s'appliquant à une ville ouverte ou à un territoire en temps de paix, et l'état de siège réel, situation faite à une place de guerre ou à un poste militaire. Dans les places de guerre et postes militai-

res, la déclaration de l'état de siège peut être faite par le commandant militaire au cas d'investissement, d'attaque de vive force ou par surprise, de sédition intérieure et lorsque des rassemblements armés se sont formés dans un rayon de dix kilomètres (Décret du 23 octobre 1883, art. 202 et décret du 14 octobre 1891). Au cas d'état de siège réel, les pouvoirs dont l'autorité civile était revêtue pour le maintien de l'ordre et de la police passent tout entiers à l'autorité militaire. L'autorité civile continue néanmoins d'exercer ceux de ses pouvoirs dont l'autorité militaire ne l'a pas dessaisie et le gouverneur de la place délègue en conséquence aux magistrats telle partie de ses pouvoirs qu'il juge convenable.

L'état de siège peut être déclaré dans des villes ouvertes et des territoires. C'est alors un état de siège fictif, procédé auquel on a recours dans des circonstances exceptionnelles (L. 3 avril 1878).

Ni l'Assemblée nationale de 1789 ni la Convention n'avaient songé à appliquer les conséquences de l'état de siège à des villes ouvertes ou à des territoires. L'état de siège des places de guerre était une restriction de fait et nécessaire à la liberté individuelle, qui n'avait point été prévue et autorisée par les lois constitutionnelles, mais qui se justifiait par des circonstances de force majeure. Il n'en était point de même de l'état de siège appliqué à une ville ouverte ou à un territoire. Formant une atteinte au principe constitutionnel de la liberté individuelle, il devait être prévu et autorisé par la constitution pour que la loi pût le déclarer. Cependant une loi du 10 fructidor an V permet au corps législatif de déclarer, pour des causes qu'elle indiquait, l'état de siège dans des villes ouvertes. Une loi du 19 fructidor de la même année donna ce pouvoir au directoire exécutif. Les effets étaient les mêmes que ceux de l'Etat de siège effectif. On en conclut notamment que les conseils de guerre avaient alors compétence pour juger les crimes et les délits attentatoires à la sûreté publique (D. 24 septembre 1811).

Après 1814, on soutint que, le principe de la liberté individuelle ayant été à nouveau consacré par la Charte (art. 4), ces divers textes, et particulièrement le décret du 24 septembre 1811, se trouvaient virtuellement abrogés comme attentatoires à la liberté individuelle. La cour de cassation le décida en 1832 en cassant des jugements de condamnation prononcés par des conseils de guerre, attendu que la Charte avait tacitement abrogé les dispositions du décret de 1811.

Lors des journées de juin 1848, l'Assemblée constituante mit Paris en état de siège; elle avait assurément le droit de le faire, puisqu'elle avait le pouvoir constituant. Néanmoins ce furent ces événements qui l'amenèrent à prévoir expressément l'état de siège fictif dans la constitution : « Une loi déterminera les cas dans lesquels l'état de siège pourra être déclaré et règlera les formes et les effets de cette mesure » (Const. 1848, art. 100). La déclaration de l'état de siège fictif devenait ainsi constitutionnelle. La loi annoncée est la loi du 9 août 1849, qui fixe encore aujourd'hui les effets de l'état de siége qui ne pouvait être déclaré que par l'assemblée législative. La constitution de 1852 (art. 18) donne au chef de l'Etat (président de la république, puis empereur) le droit de déclarer l'état de siège à la condition d'en référer au sénat.

A la suite des événements de 1870-71, on eut recours à l'état de siège fictif dans des proportions inconnues jusque-là. A un moment donné, plus de 42 départements étaient en état de siège. Pendant la période dite du 16 mai 1877, le gouvernement abusa de la déclaration d'état de siège. C'est pour éviter le retour d'un pareil abus que fut votée la loi du 3 avril 1878 en vertu de laquelle, en principe, l'état de siège ne peut être déclaré que par les chambres et pour une durée déterminée; il cesse de plein droit à l'expiration de ce temps (L. 3 avril 1878, art. 1; cf. § 130).

Quant aux effets de l'état de siège, ils restent déterminés par la loi du 9 août 1849 (L. 3 avril 1878, art. 6). L'effet essentiel est la substitution de l'autorité militaire à l'autorité civile : « Aussitôt l'état de siège déclaré, les pouvoirs, dont l'autorité civile était revêtue pour le maintien de l'ordre et de la police, passent tout entiers à l'autorité militaire. L'autorité civile continue néanmoins à exercer ceux de ces pouvoirs dont l'autorité militaire ne l'a pas dessaisie » (L. 9 août 1849, art. 7). — Les garanties normales de la liberté individuelle sont par là même supprimées. Il faut ajouter que l'art. 8 de la loi de 1849 donne compétence aux tribunaux militaires pour connaître des crimes et délits contre la sûreté de la république, contre la constitution, contre l'ordre et la paix publique, quelle que soit la qualité des auteurs principaux et des complices. — Enfin l'art. 9 donne à l'autorité militaire le droit : 1° de faire des perquisitions de jour et de nuit au domicile des citoyens; 2° d'éloigner les repris de justice et les individus qui n'ont pas leur domicile dans le lieu

soumis à l'état de siège; 3° d'ordonner la remise des armes et munitions et de procéder à leur recherche et à leur enlèvement; 4° d'interdire les publications et les réunions qu'elle juge de nature à exciter ou à entretenir le désordre. — L'art. 11 spécifie que les citoyens continuent, nonobstant l'état de siège, à exercer tous ceux des droits garantis par la constitution dont la jouissance n'est pas suspendue par la loi. — Il importe aussi de noter que bien que l'autorité militaire, pendant la durée de l'état de siège, ait des pouvoirs exorbitants, ils restent toujours limités par la loi, et que si l'autorité militaire faisait un acte que la loi ne lui donne par le droit de faire, il y aurait excès ou abus de pouvoir avec toutes leurs conséquences, notamment recours pour excès de pouvoir et aussi responsabilité du fonctionnaire, suivant le droit commun.

Le jugement précité du tribunal des conflits de 1873 dans l'affaire *Pelletier*, rendu à l'occasion d'un acte de l'autorité militaire dans le département de l'Oise soumis à l'état de siège, n'a point écarté, bien au contraire, le principe de cette responsabilité, mais jugé seulement que, depuis le décret du 19 septembre 1870, les tribunaux judiciaires ne sont point devenus compétents pour apprécier tous les éléments d'un acte administratif au cas d'action en responsabilité contre un fonctionnaire administratif (S., 74. II. 28; cf. § 67).

Situation des étrangers résidant sur le territoire français. — Les étrangers, comme les Français, ont droit de la part de l'Etat au respect et à la protection de leur liberté individuelle. C'est un droit naturel de l'homme, et par conséquent tous ceux, Français ou étrangers, qui se trouvent sur le territoire français, en sont également investis. Toutes les lois précédemment indiquées, qui garantissent le respect de la liberté individuelle, s'appliquent également aux étrangers et aux Français. D'ailleurs les étrangers étant soumis aux « lois de police et de sûreté qui obligent tous ceux qui habitent le territoire » (C. civ., art. 3, § 1), il est juste qu'en retour ils profitent des garanties que les lois assurent à la liberté individuelle. Cf. Despagnet, *Droit international privé*, 4e édit., 1904, p. 88.

A un certain point de vue cependant la situation des étrangers en France est soumise à un régime de police. C'est une règle, admise d'ailleurs dans tous les pays excepté en Angleterre, que le gouvernement peut, par mesure de police, et en dehors de toute condamnation expulser du territoire les étrangers y résidant. Ce droit d'expulsion est consacré par les articles 7 et 8 de la loi du 3 décembre 1849. Le ministre de l'intérieur peut, par mesure de police, et par un simple arrêté, qui n'a pas besoin d'être motivé, enjoindre à tout étranger voyageant ou résidant en France de sortir immédiatement du territoire, et peut même le faire reconduire à la frontière par les agents de l'autorité. Ce droit appartient au ministre même pour les étrangers qui ont obtenu du gouvernement l'autorisation de fixer leur domicile en France ; mais l'arrêté d'expulsion cesse d'avoir effet dans un délai de deux mois, si l'autorisation de fixer le domicile en France n'est pas révoquée. Dans les départements frontières le préfet peut ordonner l'expulsion des étrangers, mais seulement des étrangers non résidant, et il doit en référer immédiatement au ministre de l'intérieur. Rap. C. pén., art. 272. L'art. 8 de la loi du 3 décembre 1849 établit une sanction pénale au cas de violation des arrêtés d'expulsion.

On a quelquefois indiqué l'arrêté d'expulsion d'un étranger comme étant un acte de gouvernement et décidé qu'il était par suite insusceptible de recours contentieux. C'est une opinion certainement inexacte. Sans doute il y a là un acte discrétionnaire en ce sens qu'il n'a pas besoin d'être motivé et que l'auteur de l'acte apprécie souverainement les motifs qui dictent sa décision. Mais un recours serait parfaitement recevable, si par exemple la décision avait été prise par un fonctionnaire incompétent, par exemple par un ministre autre que le ministre de l'intérieur, ou par un préfet dans un département non frontière, ou encore s'il avait été pris contre un individu qui se prétendrait Français. Dans ce dernier cas, le conseil d'Etat ne pourrait pas statuer sur la question de nationalité et devrait surseoir à statuer sur la validité de l'arrêté d'expulsion jusqu'à ce que le tribunal judiciaire ait statué sur la question de nationalité. Cf. Laferrière, *Juridiction et contentieux*, 2e édit., 1896, I, p. 516.

Souvent ce pouvoir d'expulsion est limité par des conventions internationales; on exige notamment qu'il ne soit exercé que pour des faits graves, que le gouvernement étranger en soit prévenu et que l'expulsé ait le temps de se justifier. Par exemple conventions avec l'Espagne 7 janvier 1862, avec la Bavière 30 mai 1868. D'après M. Despagnet, ces traités peuvent être invoqués par les Etats qui ont stipulé la clause de la nation la plus favorisée pour la condition générale de leurs nationaux en France, par exemple par l'Allemagne en vertu du traité de Francfort du 10 mai 1871, par l'Angleterre en vertu du traité du 28 février 1882 (*Droit intern. privé*, 4e édit., 1904, p. 89).

Situation des membres des familles ayant régné sur la France. — Les différents gouvernements qui se sont succédé en France au cours du XIXe siècle, ont tous pris des mesures spéciales à l'égard des membres de la dynastie à laquelle ils succédaient. Ils violaient ainsi sans scrupule, à l'égard des princes membres des familles ayant régné sur la France, les principes d'égalité et de liberté individuelle qu'ils proclamaient cependant solennellement.

La loi du 12 juillet 1816 prononça l'exclusion du territoire français de tous les membres de la famille Bonaparte; ils étaient tenus de sortir du territoire français dans le délai d'un mois sous peine de mort. Cette loi leur interdisait de jouir en France d'aucun droit civil, d'y posséder aucun bien à titre gratuit et les obligeait à vendre dans le délai de six mois les biens qu'ils y possédaient à titre onéreux. La loi du 10 avril 1832 édictait des dispositions tout à fait analogues contre Charles X, ses descendants, les époux et épouses de ses descendants et stipulait (art. 6) que ces décisions seraient applicables aux ascendants et descendants de Napoléon Bonaparte. La loi du 26 mai 1848 étendit les dispositions de la loi du 10 avril 1832 à Louis-Philippe et sa famille; d'autre part, la loi du 14 octobre 1848 abrogea l'article 6 de la loi de 1832 et permit ainsi aux princes de la famille Bonaparte de rentrer en France. La loi de 1848 se borne à prononcer l'exclusion du territoire français sans y ajouter, comme l'avaient fait les lois de 1816 et 1832, la perte des droits civils. Par une loi du 8 juin 1871 l'Assemblée nationale déclare abrogées les lois du 10 avril 1832 et du 26 mai 1848 concernant les princes de la maison de Bourbon. La loi du 14 octobre 1848 n'ayant jamais été abrogée, les princes de la famille Bonaparte et de la maison de Bourbon furent à partir de 1871 soumis au droit commun des Français, pouvant résider en France et profitant de toutes les garanties attribuées par le droit commun à la liberté individuelle. Cependant un arrêté du ministre de l'intérieur du 10 octobre 1872, rendu sur l'ordre du président de la république,

M. Thiers, après délibération du conseil des ministres, prononça l'expulsion du prince Jérôme-Napoléon. Il y avait là évidemment un acte dictatorial, une violation flagrante des lois sur la liberté individuelle. Cependant le tribunal de la Seine (19 février 1873) et la cour de Paris (29 janvier 1876, S., 76. II. 240) déclarèrent non recevable le recours du prince Napoléon sous le prétexte qu'il y avait là un acte de gouvernement. Cf. § 41.

Un ordre du jour voté par la chambre des députés le 4 mars 1885 invita « la vigilance du gouvernement à prendre contre eux (les princes) les mesures que pourrait nécessiter l'intérêt supérieur de la république ». Enfin un incident qui fit à l'époque quelque bruit : la fête donnée en juin 1886 à l'hôtel Galliéra par le comte de Paris à l'occasion du mariage de sa fille, la princesse Amélie, avec le duc de Bragance devenu depuis roi de Portugal, provoqua le vote de la loi du 22 juin 1886, qui règle encore aujourd'hui la situation des membres des familles ayant régné sur la France et qui est certainement attentatoire aux principes d'égalité et de liberté individuelle.

L'art. 1 de la loi du 22 juin 1886 déclare que le territoire de la république française est interdit aux chefs des familles ayant régné sur la France et à leurs héritiers directs dans l'ordre de primogéniture. Quant aux autres membres des familles ayant régné sur la France, le gouvernement est autorisé à leur interdire, à tout moment et pour une durée illimitée, le séjour sur le territoire français. Cette interdiction est prononcée par un décret du président de la république, rendu en conseil des ministres (L. 22 juin 1886, art. 2). Cette décision est évidemment une atteinte flagrante à la liberté individuelle de citoyens français. La violation de l'interdiction est punie d'un emprisonnement de 2 ans à 5 ans, et à l'expiration de la peine le prince doit être reconduit à la frontière (art. 3).

L'art. 4 porte : « Les membres des familles ayant régné en France ne pourront entrer dans les armées de terre et de mer, ni exercer aucune fonction publique, ni aucun mandat électif ». Les auteurs de cette loi ont évidemment oublié l'art. 6 de la Déclaration des droits de l'homme : « Tous les citoyens étant égaux... sont également admissibles à toutes les dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

Le gouvernement a prétendu à un moment que toutes les mesures prises par lui contre les membres des anciennes familles régnantes, en vertu de cette loi, étaient des actes politiques échappant à tout recours contentieux. Mais le conseil d'Etat, très justement, a refusé de le suivre dans cette voie. Le ministre de la guerre ayant, par deux décisions visant l'art. 4 de la loi du 22 juin 1886, rayé des contrôles de l'armée le duc d'Aumale et le duc de Chartres, et le prince Murat, ceux-ci attaquèrent sa décision par le recours pour excès de pouvoir. Le ministre de la guerre soutenait que sa décision, ayant été prise en application de cette loi de 1886 qui avait un caractère essentiellement politique, constituait un acte de gouvernement et que les recours étaient non recevables. Au contraire, par deux arrêts du 20 mai 1887, le conseil d'Etat, écartant la théorie de l'acte de gouvernement, les déclara recevables et fit triompher au fond le recours du prince Murat.

Situation des aliénés. — Elle est encore aujourd'hui réglée par la loi du 30 juin 1838, qui est incontestablement contraire au principe de la liberté individuelle. Elle distingue entre le placement volontaire dans un établissement d'aliénés et le placement ordonné par l'autorité publique. Le placement volontaire peut avoir lieu sur une demande faite par un parent, tuteur ou ami de l'aliéné, un certificat de médecin constatant l'état mental de la personne à placer (L. 30 juin 1838, art. 8). La loi prend en outre des mesures destinées à éviter que la personne placée dans l'établissement y soit maintenue si elle n'est pas réellement atteinte d'aliénation mentale ou après guérison. Le placement d'office peut être ordonné à Paris par le préfet de police et dans les départements par le préfet. Il faut que l'état d'aliénation mentale compromette l'ordre public ou la sûreté des personnes, que l'aliéné soit d'ailleurs ou non interdit. Les ordres du préfet doivent être motivés et énoncer les circonstances qui les auront rendus nécessaires (art. 18; rap. l'art. 19). On doit signaler l'art. 24 § 3 qui porte que dans aucun cas les aliénés ne pourront être ni conduits avec les condamnés ou les prévenus, ni déposés dans une prison. Des dispositions sont destinées à éviter que des personnes non atteintes véritablement d'aliénation mentale ou guéries ne soient retenues

dans un établissement (art. 9-17 et art. 20). Le préfet peut toujours ordonner la sortie immédiate des personnes placées dans un établissement d'aliénés. En outre, l'art. 29 de la loi de 1838 a organisé ce qu'on peut appeler une *action en retirement* portée devant le tribunal civil. Enfin l'art. 30 prononce les peines de l'emprisonnement et de l'amende contre les chefs, directeurs, préposés responsables qui auraient retenu indûment une personne placée dans un établissement d'aliénés.

On voit en quoi cette loi viole les vrais principes protecteurs de la liberté individuelle. D'abord elle ne protège pas suffisamment l'aliéné contre sa famille, qui, sur un simple certificat de médecin et sans l'intervention d'une autorité, peut le faire enfermer dans un asile. Assurément le législateur a pris des précautions pour que l'intéressé n'y soit pas inutilement maintenu. Mais c'est déjà beaucoup trop qu'il puisse trop facilement y être interné. Les cas d'internement arbitraire sont certainement fréquents. D'autre part, la liberté individuelle étant placée, d'après les principes de notre droit public, sous la protection de l'autorité judiciaire, il y a une violation certaine de ces principes dans la disposition de cette loi, qui donne le droit au préfet, autorité administrative, d'ordonner l'internement d'un aliéné.

Aussi la loi de 1838 est-elle très justement critiquée et nos chambres sont saisies depuis plusieurs années déjà de propositions et de projets de loi qui donnent dans l'internement des aliénés le rôle principal à l'autorité judiciaire. En attendant le vote de cette loi, M. Clémenceau, ministre de l'intérieur, a adressé aux préfets, le 18 juin 1906, une circulaire où il les invite à veiller d'une façon toute particulière sur le placement volontaire des aliénés, et à nommer une commission chargée de recueillir tous renseignements sur les aliénés placés volontairement dans les établissements privés et publics (*J. off.*, 19 juin 1906). Rap. la circulaire du 29 juin 1906, adressée dans le même but aux premiers présidents et aux procureurs généraux, par M. Sarrien, garde des sceaux (*Le Temps*, 29 juin 1906).

Ce n'est pas seulement l'insuffisance des garanties établies par la loi de 1837 qui rend son remplacement nécessaire, c'est l'esprit

général qui l'inspire, ce sont les idées que nous avons aujourd'hui du rôle de l'Etat en matière d'assistance publique et qui étaient à peu près inconnues des hommes de 1838, ce sont aussi les progrès de la science des maladies mentales. En 1838, on avait voulu faire avant tout une « loi de sûreté, une loi de police ». Au contraire, tous les projets actuels sont inspirés par l'idée d'une assistance apportée aux malheureux atteints de la terrible maladie de la folie.

Dès 1884 le sénat avait été saisi d'une proposition tendant à la revision de la loi de 1838. V. le grand *rapport* de M. Roussel, sénat, session 1884, nº 157, 2 vol. Cf. le texte voté par le sénat les 14 décembre 1886 et 11 mars 1887. Le 1er avril 1903, la chambre des députés a été saisie d'une proposition très étudiée par M. Dubief. V. le rapport de M. Dubief repris par la chambre élue en 1906, *J. off., doc. parl.*, chambre, sess. ord., 1906, p. 507. V. aussi le texte des projets du sénat et de la commission de la chambre, *Bulletin de la Société d'études législatives,* 1903, p. 393 et suiv. D'après ces projets, l'internement définitif ne peut jamais être prononcé que par une autorité judiciaire, le président du tribunal de l'arrondissement dans lequel est situé l'asile. Cf. sur la revision de la législation des aliénés, le compte rendu de la commission d'étude de la Société d'études législatives. *Bulletin*, 1903, p. 445; *Rapports* présentés à la même société par M. Larnaude, *Bulletin*, 1904, p. 25 et 1905, p. 105 et 185; par M. Saleilles, *Bulletin*, 1904, p. 262, 318 et 410 et 1905, p. 135: le compte-rendu des discussions de la Société, *Bulletin*, 1904, p. 111, 129, 428 et 1905, p. 193; *Rapport* de M. Lepoitevin sur la question des aliénés criminels, *Bulletin*, 1905, p. 261. M. Larnaude conclut à la création d'une *commission des aliénés* présidée par un *juge des aliénés* qui sera spécialisée dans le contrôle du placement; c'est ce juge éclairé par la commission qui statuera sur le maintien des aliénés dans l'asile. Pour les législations étrangères, cons., outre les rapports précités, le *Recueil des procès-verbaux* de la commission chargée d'étudier les modifications à introduire dans la loi du 30 juin 1838, précédé d'une étude sur les diverses législations relatives aux aliénés par E. Bertrand, Paris, 1872.

Situation des personnes se livrant habituellement à la prostitution. — Elles sont dans les grandes villes soumises au régime de police le plus arbitraire qu'il y ait. On peut dire que pour elles la liberté individuelle est complètement supprimée. Notre législation ne contient aucune règle à cet égard, et tout est laissé à la volonté souvent capricieuse de l'administration.

On a défini la prostitution le fait de la part d'une femme de faire métier de se livrer à tout venant et sans choix, moyennant une rémunération pécuniaire,

que ce soit dans un lieu public de débauche, dans un autre lieu public ou dans un local particulier (Gigot, *Rapport à la société des prisons*, 23 décembre 1903, *Revue pénitentiaire*, 1904, p. 44). Le fait de la prostitution impose à l'Etat la solution d'un problème qui est, pour les grandes villes, d'une extrême difficulté. D'une part, l'Etat est tenu de respecter le principe de la liberté individuelle et le principe de l'égalité; et, d'autre part, il est obligé de prendre des mesures pour éviter la propagation des maladies contagieuses que la prostitution amène à sa suite, d'autant plus redoutables qu'elles s'attaquent aux sources mêmes de la vie.

En France la pensée, jusqu'à nos jours dominante, a été de protéger avant tout la santé publique, et dans ce but on a placé les personnes qui se livrent habituellement à la prostitution sous un régime de police. Bien plus ce régime de police est établi, non pas par la loi, mais seulement par des règlements administratifs.

Il semble que le législateur ait cru qu'il n'était pas de sa dignité de faire des lois sur ces délicates matières. Il n'y a pas longtemps qu'un garde des sceaux, M. Vallé, osait dire au sénat : « ... Jusqu'à présent le législateur et les tribunaux ont toujours déclaré qu'ils ignoraient volontairement les maisons de débauche et de prostitution : mieux vaut épargner à la magistrature, qui a déjà une tâche assez lourde, des besognes qui relèvent exclusivement de la police » (séance du 20 février 1903 au moment de la discussion de la loi du 3 avril 1903).

A Paris le texte fondamental est toujours l'ordonnance du 6 novembre 1778 (Isambert, XXV, p. 448), ordonnance dont la non abrogation par le code pénal résulte de l'art. 484 du code pénal. En exécution de cette ordonnance, deux arrêtés du préfet de police, l'un de 1843 et l'autre de 1878, règlent la police de la prostitution. En province, la prostitution est régie par des règlements municipaux pris par les maires, invoquant les pouvoirs de police à eux donnés par les art. 91 et 97 de la loi municipale du 5 avril 1884. Ces textes pris à la lettre ne donnent point d'ailleurs aux maires les pouvoirs qu'en fait ils exercent en cette matière. On compte en France 445 règlements municipaux sur la prostitution; et une seule ville d'une certaine importance n'en a point, c'est la ville de Tourcoing (Gigot, *loc. cit.*, p. 40). Ces divers règlements sont précédés en

général de considérants dont la rédaction varie en la forme, mais dont le fond est à peu près toujours celui-ci : la prostitution est un métier dangereux, les prostituées constituent un péril permanent pour la sécurité et le bon ordre de la cité et pour la santé publique ; d'où la nécessité de l'intervention de la préfecture de police à Paris, de l'autorité municipale en province.

La jurisprudence a maintes fois reconnu la légalité de cette règlementation. On ne peut nier cependant que ce n'est pas sans forcer le sens et la porté des textes précités que l'on attribue au préfet de police et aux maires ce pouvoir réglementaire. L'art. 6 de l'ordonnance de 1778 porte seulement : « Enjoignons aux officiers de police de tenir la main à l'exécution de la présente ordonnance ». Le mot de prostitution ne se rencontre pas une seule fois dans la loi du 5 avril 1884, et on conviendra que la formule de l'art. 97 : « La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté et la tranquillité publique » est bien vague pour qu'on puisse prétendre qu'elle confère aux maires les pouvoirs dictatoriaux que ceux-ci se sont arrogés en matière de prostitution.

Le régime auquel, en vertu des règlements précités, sont soumises, à Paris et dans les grandes villes, les personnes qui se livrent à la prostitution, est la quintessence de l'arbitraire. En France, en 1906, plus d'un siècle après la Déclaration des droits de l'homme, toute une classe de la population est mise hors la loi et soumise au régime du bon plaisir. Ce régime comprend trois éléments, qui font apparaître immédiatement tout ce qu'il a d'arbitraire. Ce sont l'inscription, les visites sanitaires et la répression disciplinaire. L'inscription sur les registres de la police peut se faire sur la demande même de l'intéressée, ou d'office par l'administration. Toute femme inscrite sur les registres de la prostitution est obligée de se soumettre à des époques régulières, déterminées par les règlements, à des visites médicales. Toute femme inscrite reconnue contaminée après cette visite est envoyée dans un hôpital, d'où elle ne peut sortir qu'après guérison complète. Enfin dans beaucoup de grandes villes, et particulièrement à Paris, les femmes inscrites sont soumises à un régime disciplinaire et peuvent être frappées d'une incarcération disciplinaire par une simple décision de l'autorité administrative.

M. Gigot, ancien préfet de police, auteur du règlement de 1878, est obligé de reconnaitre la complète illégalité de ces dispositions et de ces pratiques (*loc. cit.*, p. 52). Dans certaines villes, cette incarcération disciplinaire n'est pas autorisée, par exemple à Dijon, à Orléans. A Lyon, elle peut aller jusqu'à 15 ou 20 jours.

Un pareil régime est indigne d'un pays civilisé. Cependant, encore en 1894, il était défendu par le futur président de la Ligue des droits de l'homme, M. Trarieux, alors garde des sceaux, qui disait au Sénat : « S'il ne s'agissait que d'une question de bonnes mœurs, peut-être pourrions-nous faire l'expérience de la légalité. Mais il s'agit de bien autre chose... C'est... davantage la préoccupation de la santé publique. Dès qu'une personne est suspecte, il importe de faire ce que fait la préfecture de police... Le droit est ici avant tout dans la défense de l'intérêt social, et si les formes de la justice ne peuvent s'y prêter, il faut chercher en dehors de ces formes... J'irai jusqu'à dire qu'ici le droit est dans une certaine mesure dans l'arbitraire. Le gouvernement ne croit pas pouvoir préférer la légalité aux arrêtés de police » (séance du 27 juin 1895).

Depuis plusieurs années déjà une propagande très active est faite, sous le nom de propagande *abolitioniste*, pour arriver à la suppression de la réglementation administrative et policière de la prostitution. On met en avant l'atteinte profonde qu'elle est aux droits individuels; on soutient que c'est un système d'oppression des faibles par les forts, qui n'a d'autre but que de protéger l'homme en faisant de la femme qui lui apporte le plaisir une véritable esclave. Cf. Gide, *Introduction au rapport sur l'économie sociale*, exposition de 1900, p. 167. — Les abolitionistes demandent l'application à la prostitution du pur régime de droit, c'est-à-dire qu'aucune disposition préventive ne s'applique aux personnes qui se livrent habituellement à la prostitution, mais qu'il y ait lieu à réparation et à répression : toute personne de l'un ou l'autre sexe qui aurait contaminé une autre personne serait passible de dommages et intérêts vis-à-vis d'elle, et en outre la contamination devrait constituer un délit prévu et puni par la loi. Cf. le texte voté, le 10 février 1903, par la Société française de prophylaxie sanitaire et morale (*Supp. du Relèvement social*, mars 1903); rapp. l'art. 155 de la loi norvégienne du 22 mai 1902 et l'art. 181 de la loi danoise du 10 février 1866. — Quelques législations punissent le délit de prostitution, par exemple la loi genevoise du 26 septembre 1888 (art. 2, § 1) et l'art. 361 du code pénal allemand. C'était le fond de la proposition Bérenger déposée au sénat le 28 mai 1894 et adoptée par le sénat après modifications le 27 juin 1895. V. rapport de M. Bérenger, *J. off., doc. parl.*, sénat, 1895, p. 221. — Les abolitionistes repoussent même l'application du régime de droit consistant ainsi dans la définition d'un délit de prostitution et dans l'intervention de la juridiction de droit commun, parce que, disent-ils, toute loi établissant le délit de prostitution serait fatalement une loi d'exception (Dolléans, *La police des mœurs*, thèse Paris, 1903, p. 74).

La prostitution doit-elle être soumise à un pur régime de droit ou doit-on lui appliquer et dans quelle mesure un régime de police ? C'est surtout une question d'hygiène médicale. Si les médecins et les hygiénistes démontrent d'une façon certaine que la prophylaxie des maladies vénériennes ne peut être assurée qu'en soumettant la prostitution à un régime de police préventive, il est incontestable, à notre sens, que ce régime doit lui être appliqué. Mais régime de police ne signifie pas régime arbitraire. Il n'est pas possible que le législateur français ignore plus longtemps le problème de la prostitution. Si un régime de police est nécessaire, il doit être établi et minutieusement réglementé par le législateur et soustrait à la réglementation arbitraire du préfet de police et des maires ; la compétence des fonctionnaires administratifs doit être rigoureusement limitée par la loi.

Régime de police fondé sur la légalité, telle est l'idée du projet Bérenger déjà cité, adopté en première lecture par le sénat en 1895. V. le *rapport* de M. Bérenger, *J. off.*, *doc. parl.*, sénat, 1895, p. 221, et aussi le projet déposé à la chambre le 4 juin 1903 par M. G. Berry, *J. off.*, *doc. parl.*, chambre, sess. ordinaire, 1903, p. 522. — Cons. en outre Hennequin, *Rapport sur la réglementation sur la prostitution en France*, rapport préparé pour la grande commission extraparlementaire constituée en 1903 pour l'étude des questions relatives à la prostitution ; Gigot, *Rapport* fait le 23 décembre 1903 à la Société des prisons, *Revue pénitentiaire*, 1904, p. 37 ; Dolléans, *La police des mœurs*, thèse Paris, 1903, avec une bibliographie abondante. Dans le sens abolitioniste, cons. Yves Guyot, *La prostitution*, 1882 ; Dr Fiaux, *Rapport au conseil municipal*, 1901 ; A. de Morsier, *La police des mœurs en France et la campagne abolitioniste*, 1901. Les sections de médecine et d'hygiène publique du congrès de la Société pour l'avancement des sciences réuni à Lyon au mois d'août 1906 a émis le vœu que « la surveillance de la prostitution cesse d'être sous la dépendance exclusive de l'autorité administrative... » (4 août 1906, *Le Temps*, 5 août 1906).

Les journaux de ces dernières années ont eu souvent à relater des arrestations arbitraires de la police, notamment celle, faite à Bordeaux en 1904, d'une jeune fille arrêtée par les agents des mœurs comme se livrant à la prostitution et reconnue vierge à l'examen médical après 6 jours d'internement. Le tribunal de Bordeaux a reconnu justement la responsabilité du médecin chef de service et

de la ville de Bordeaux, jugement du 23 janvier 1905. La cour de Bordeaux a eu le tort de réformer ce jugement et d'exonérer de toute responsabilité la ville et le médecin (arrêt du 18 juin 1906. *Journal des arrêts de la cour de Bordeaux*, 1906, 1re part., p. 326).

Mesures de police destinées à éviter la propagation des épidémies. — C'est encore là un domaine où la liberté individuelle reçoit des atteintes profondes et se trouve soumise à un régime sévère de police préventive. On comprend d'ailleurs la nécessité d'un pareil régime si l'on considère la grandeur des calamités que les procédés de police ont pour but de prévenir et qu'il serait évidemment impossible de réparer.

De tout temps les maladies contagieuses d'origine exotique, le choléra, la peste, la fièvre jaune ont inspiré aux Européens une véritable terreur; et comme l'importation de ces maladies ne pouvait guère avoir lieu que par voie de mer, les législations de tous les pays maritimes ont donné aux gouvernements des pouvoirs particulièrement étendus en matière de police sanitaire maritime et leur ont permis de prendre des mesures attentatoires à la liberté individuelle et à la propriété privée. En France, la loi du 3 mars 1822 (art. 1er, § 2) donne au gouvernement le pouvoir sans limite de déterminer « les mesures à observer sur les côtes, dans les ports et rades, dans les lazarets et autres lieux réservés ». C'est en vertu de ce texte qu'ont été portés les nombreux décrets qui depuis 1822 ont imposé des mesures sanitaires maritimes. Jusqu'en 1896 ces mesures ont surtout consisté en un internement, imposé aux passagers arrivant sur un navire porteur d'une patente brute. Cet internement, dénommé quarantaine, était un véritable emprisonnement; et le local où il avait lieu, décoré du nom de lazaret, un véritable bagne.

Les progrès de la science médicale et de l'art de l'hygiène ont démontré que le procédé brutal des quarantaines, profondément vexatoire, et souvent source de graves préjudices pour les intérêts commerciaux, était très souvent inutile, et presque toujours inefficace lorsqu'il était seul employé. A la suite de la convention sanitaire signée à Dresde le 15 avril 1893, promulguée en France par le décret du 22 mai 1894, a été porté le grand règlement du 4 janvier 1896, rendu après avis du comité consultatif d'hygiène de France et qui règle aujourd'hui la police sanitaire maritime. Il supprime à peu près complètement le système suranné des quarantaines et de l'internement dans les lazarets, et réduit ainsi les atteintes à la liberté individuelle. Le système de l'observation quarantenaire n'est maintenu que pour les passagers des navires dits *infectés*. Est considéré comme infecté le navire qui présente à bord un ou plusieurs cas, confirmés ou suspects, d'une maladie pestilentielle.

Pour les navires *suspects*, le règlement de 1896 ordonne simplement les visites médicales, la désinfection et la délivrance pour chaque passager d'un *passeport sanitaire*. qui le place sous la surveillance de l'autorité municipale de la commune où il se rend après son débarquement et cela pendant 5 jours à partir de l'arrivée du navire (art. 58). On voit par là que le décret du 4 janvier 1896 porte une atteinte aussi réduite que possible à la liberté individuelle. S'il est un domaine où la liberté individuelle doive être soumise à un régime de police, c'est assurément celui de la santé publique : ici, il faut nécessairement prévenir, il serait impossible de réparer, il serait vain de réprimer.

Une longue loi a été promulguée le 15 février 1902 sous le titre de *loi relative à la protection de la santé publique*, qui est un véritable code de l'hygiène et qui est inspirée des données les plus récentes de la science médicale et de l'art de l'hygiène. Elle oblige le maire de chaque commune à prendre, après avis du conseil municipal, du conseil départemental d'hygiène et sur approbation du préfet, des règlements sanitaires. Ces règlements apportent naturellement des restrictions à la liberté individuelle, et aussi des atteintes à la propriété privée, lorsqu'ils ordonnent par exemple, comme le permet l'art. 1 n° 1 de la loi, « la désinfection et même la destruction des objets quelconques pouvant servir de véhicule à la contagion ». Ces restrictions et ces atteintes se justifient d'ailleurs entièrement.

Toute décision en matière de police d'hygiène prise par le préfet ou par le maire est susceptible du recours pour excès de pouvoir porté devant le conseil d'Etat, et suivant une jurisprudence constante le conseil d'Etat annule toute décision violant une disposition de la loi, ou portant soit à la liberté individuelle soit à la propriété une atteinte qui n'est pas absolument nécessaire pour la protection de la santé publique. Cf. cons. d'Etat, 19 décembre 1902, *Rec.*, p. 763; 6 février 1903, *Rec.*, p. 92. — Rapp. cass., 3 décembre 1904, *Gaz. Tribunaux*, 19-20 déc. 1904; 23 décembre 1904, *Revue générale d'admin.*, avril 1905, p. 421 ; 31 décembre 1903 (dans la question du tout à l'égoût à Paris) S., 1905. I. 425.

En dehors du pouvoir qu'elle confère aux maires et aux préfets, la loi du 15 février 1902 (art. 8, § 1) donne au gouvernement, lorsqu'une épidémie menace tout ou partie du territoire ou s'y développe et que les moyens de défense locaux sont reconnus insuffisants, le pouvoir de déterminer, après avis du comité consultatif d'hygiène publique de France, les mesures propres à empêcher la propagation de cette épidémie. Il ressort de l'exposé des motifs du projet du gouvernement que le but de cette disposition était de donner au gouvernement pour toutes les maladies contagieuses et sur tout le territoire du pays les pouvoirs exceptionnels que la loi du 3 mars 1822 lui donnait pour les maladies d'origine exotique, le choléra, la peste et la fièvre jaune (S., *Lois annotées*, 1901-1905, p. 250, note 39). Par conséquent en vertu de ce texte, au cas

d'épidémie, le gouvernement pourrait ordonner toute mesure, même restrictive de la liberté individuelle, qu'il croirait devoir prendre, par exemple l'établissement de cordons sanitaires, de quarantaines terrestres, l'isolement des personnes habitant tel village ou tel quartier d'une ville.

Sur le régime de police résultant de la loi du 15 février 1902, cons. Popineau, *Les lois nouvelles*, 1902, p. 250; Moy, *La loi du 15 février 1902*, extrait de la *Revue générale d'administration*, 1902.

77. L'inviolabilité du domicile. — Elle est une conséquence et comme le prolongement de la liberté individuelle. En parlant ici du domicile, on n'entend pas le mot dans son sens juridique tel qu'il est défini aux art. 102 et suiv. du code civil, et désignant le lien juridique qui rattache une personne à un certain lieu. Quand on parle d'inviolabilité du domicile, on entend la maison ou l'appartement qu'un individu occupe régulièrement en fait, à un moment donné, pour y loger seul ou avec les membres de sa famille.

Le principe de l'inviolabilité du domicile doit être formulé dans des termes correspondants à ceux dans lesquels nous avons formulé le principe de la liberté individuelle. Nul ne peut pénétrer dans le domicile d'un individu sans le consentement de celui-ci; même les agents de l'autorité ne peuvent en principe y pénétrer qu'en vertu d'une décision de l'autorité judiciaire, sous les conditions et dans les formes déterminées par la loi.

La Déclaration des droits de 1789 ne consacrait pas expressément le principe de l'inviolabilité du domicile; on considéra probablement qu'il était impliqué par la règle même de la liberté individuelle. Mais à l'art. 9 du titre IV de la constitution de 1791, on lit : « Aucun agent de la force publique ne peut entrer dans la maison d'un citoyen, si ce n'est pour l'exécution des mandements de police et de justice ou dans les cas formellement prévus par la loi ». Aucune disposition ni dans la Déclaration ni dans la constitution de 1793; bien entendu le gouvernement révolutionnaire ne respecta pas plus le domicile des citoyens que leur liberté. Mais la constitution de l'an III contenait un art. 359 ainsi conçu : « La maison de chaque citoyen est un asile inviolable... Aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi et pour la personne ou pour l'objet expressément désigné par l'acte qui ordonne la visite ».

Rap. l'art. 76 de la const. de l'an VIII et l'art. 3 de la const. de 1848.

La règle pratique de l'inviolabilité du domicile est formulée à l'art. 76 de la constitution de l'an VIII, encore en vigueur aujourd'hui. Le texte distingue suivant qu'il y a lieu de pénétrer dans un domicile privé pendant la nuit ou pendant le jour. Pendant la nuit personne, même les agents de l'autorité porteurs d'un mandat de justice, n'a le droit de pénétrer dans l'intérieur d'une maison, à moins qu'il n'y ait réclamation venantde l'intérieur ou qu'il n'y ait un cas de force majeure. La loi prévoit les cas d'inondation ou d'incendie. Le temps de nuit se détermine par les dispositions de l'art. 1037 du code de procédure. Il est bien entendu que cette inviolabilité du domicile pendant la nuit ne s'applique qu'au domicile privé, et non pas aux maisons ouvertes au public (L. 19-22 juillet 1791, tit. I, art. 9 et 10). Pendant le jour les agents de l'autorité publique peuvent entrer dans le domicile d'un citoyen contre son gré; mais ils ne le peuvent en principe qu'en vertu de la décision d'une autorité judiciaire. De même que d'après la Déclaration de 1789, la liberté individuelle ne se sépare pas de sa garantie judiciaire, de même aussi ne saurait s'en séparer l'inviolabilité du domicile, laquelle n'est que le prolongement de la liberté individuelle. Cf. C. inst. crim., art. 36, 37, 50, 59, 61, 62, 87, 89; C. proc., art. 587.

Il va sans dire que tant que subsistera l'art. 10 du code d'inst. crim. les agents de l'autorité publique pourront pénétrer dans le domicile des citoyens pour y exécuter les décisions des préfets et du préfet de police agissant comme officiers de police judiciaire. Ce texte est une violation flagrante du principe de l'inviolabilité du domicile comme de la liberté individuelle. Cf. *supra*, § 75, et la circulaire Clémenceau du 4 août 1906, *Le Temps*, 5 août 1906.

Dans certains cas la loi a donné, par dérogation au principe, à certains fonctionnaires administratifs le droit de pénétrer de jour dans le domicile d'un individu contre le gré de celui-ci. On peut citer à titre d'exemple, la loi du 28 avril 1816 dont l'art. 235 permet aux agents des contributions indirectes de pénétrer chez les individus soumis à l'exercice. Aux termes de l'art. 237 de la même loi, complété par l'art. 19 de la loi du 22 avril 1905, les agents des

contributions indirectes peuvent, au cas de soupçon de fraude, pénétrer dans le domicile des particuliers non soumis à l'exercice. Mais en pareil cas l'agent fiscal ne peut faire de visite domiciliaire qu'en se faisant assister du juge de paix, ou du maire ou du commissaire de police et sur l'ordre d'un employé supérieur, qui devra mentionner les motifs sur lesquels la régie base son soupçon de fraude et devra être visé avant toute visite par l'officier de police judiciaire qui doit accompagner les agents, et en outre être lu à l'intéressé ou à son représentant qui est invité à le viser.

Il va sans dire que les critiques dirigées contre le système français relatif à la protection de la liberté individuelle trouvent leur application dans les mêmes termes en ce qui concerne l'inviolabilité du domicile. Comme la protection de la liberté individuelle, la liberté du domicile ne sera vraiment assurée que du jour où la responsabilité des fonctionnaires, pénale et civile, sera sérieusement organisée, l'art. 10 C. instr. crim. abrogé et l'indépendance et la compétence des magistrats assurées par une profonde et sage réforme de la magistrature (cf. § 75).

La loi anglaise s'est montrée particulièrement protectrice du domicile. Blakstone écrit : « La loi d'Angleterre considère tellement comme privilégiée la maison d'un particulier, que, suivant elle, c'est la forteresse de cet homme, ainsi qu'elle s'exprime, et elle ne permet pas qu'on viole jamais cet asile impunément » (*Commentaires*, édit. franç., 1823, VII, p. 29). En vertu de ce principe, on considère en Angleterre comme une règle fondamentale qu'un constable ne peut forcer l'entrée du domicile, même pour l'exécution d'un ordre d'arrestation, à moins qu'il ne s'agisse d'un cas de forfaiture.

Cf. Garraud, *Droit pénal*, 2e édit., IV, 1900, p. 101 ; Grad, *De l'inviolabilité du domicile*, thèse Paris, 1905.

78. La liberté du travail, du commerce et de l'industrie. — Elle est encore la conséquence du principe de la liberté individuelle. Si l'homme doit être laissé libre par la loi de développer et d'employer son activité physique, il doit être libre de travailler comme il l'entend, de louer ses services à d'autres, de créer tel produit que bon lui semble, de faire tel trafic qu'il juge avantageux. Tout cela n'est que le prolongement naturel de la liberté physique.

Ni la Déclaration des droits de 1789, ni la constitution de 1791

ne formulent expressément le principe de la liberté du travail. On crut cela inutile. C'était une conséquence nécessaire de la liberté individuelle. Mais à l'art. 19 de la Déclaration des droits girondine, on lit : « Nul genre de travail, de commerce et de culture ne peut lui (à l'homme) être interdit », et à l'art. 17 de la Déclaration de 1793 : « Nul genre de travail, de culture, de commerce ne peut être interdit à l'industrie du citoyen », et enfin à l'art. 13 de la constitution de 1848 : « La constitution garantit aux citoyens la liberté du travail et de l'industrie ».

Prohibition de l'esclavage. — La première conséquence du principe de liberté individuelle, en tant qu'elle se traduit dans la liberté du travail, c'est l'impossibilité de l'esclavage, c'est l'interdiction à l'Etat législateur de reconnaître et de sanctionner l'esclavage sous une quelconque de ses formes, aussi bien l'esclavage forcé que l'esclavage volontaire. Nul ne peut avoir et ne peut acquérir le droit de disposer arbitrairement et pour une période indéterminée de l'activité d'une personne alors même que celle-ci y consente. Il ne peut être permis à l'individu d'aliéner totalement ou partiellement sa propre personne; et toute loi qui permet une pareille aliénation est contraire au droit.

Un des fondateurs de la doctrine individualiste, Grotius, pensait cependant que l'esclavage n'était pas incompatible avec le droit naturel. Il écrit en effet : « Quand on dit que les hommes et les peuples sont naturellement libres, cela doit s'entendre d'un droit naturel qui précède tout acte humain et d'une exemption d'esclavage, mais non pas d'une incompatibilité absolue avec l'esclavage; c'est-à-dire que personne n'est naturellement esclave, mais que *personne n'a droit de ne le devenir jamais*... Ceux donc qui sont tombés dans un esclavage ou personnel ou civil par l'effet d'une cause légitime doivent être contents de leur sort... » (Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Barbeyrac, Bâle, 1768, liv. II, ch. XXII, § 11, II, p. 142). Locke repoussait l'esclavage volontaire : « Un homme n'ayant point de pouvoir sur sa propre vie ne peut par aucun traité ni par son propre consentement se rendre esclave de qui que ce soit, ni se soumettre au pouvoir absolu et arbitraire d'un autre, qui lui ôte la vie quand il lui plaît ». Mais Locke paraît admettre la légitimité de ce que Rousseau appelait la servitude de la peine. Il écrit, en effet : « Certainement si un homme, par sa mauvaise conduite et par quelque crime, a mérité de perdre la vie, celui qui a été offensé et qui est devenu en ce cas maître de sa vie, peut, lorsqu'il a le coupable entre ses mains,

différer de la lui ôter et a droit de l'employer à son service » (Locke, *Le gouvernement civil*, chap. III, § II, édit. franç., Amsterdam, 1691, p. 27). Rousseau, dans le *Contrat social*, discutant spécialement les idées de Grotius sur ce point, condamne l'esclavage d'une manière particulièrement énergique : « Ainsi, dit-il, de quelque sens qu'on envisage les choses, le droit d'esclavage est nul, non seulement parce qu'il est illégitime, mais parce qu'il est absurde et ne signifie rien. Les mots *esclavage* et *droit* sont contradictoires; ils s'excluent mutuellement » (*Contrat social*, liv. I, chap. IV).

Ces idées étaient évidemment celles de l'unanimité des membres de l'Assemblée nationale de 1789. Cela apparait bien dans la nuit du 4 août 1789, lorsque l'Assemblée vote à l'unanimité « l'abolition de la qualité de serf et de la mainmorte sous quelque dénomination qu'elle existe ». Dans l'art. 1 du décret du 4 août 1879 tel qu'il fut définitivement rédigé sont déclarés abolis sans indemnité tous les droits tenant « à la mainmorte réelle ou personnelle et à la servitude personnelle ». Peu de temps après l'Assemblée votait la Déclaration des droits. Mais l'esclavage des noirs dans les colonies n'était point visé par les décrets de l'Assemblée et il subsistait comme par le passé. Cependant par la loi des 28 septembre-16 octobre 1791, l'Assemblée décide « que tout individu est libre aussitôt qu'il est entré en France, que tout homme, de quelque couleur qu'il soit, jouit en France de tous les droits de citoyen, s'il a les qualités prescrites par la constitution pour leur exercice ». On ne voulait parler là, bien entendu, que du territoire de la France métropolitaine.

La Convention et dans la Déclaration girondine (art. 20) et dans la Déclaration de 1793 proclamait solennellement que l'esclavage est contraire au droit naturel. « Tout homme, disait-elle, peut engager ses services, son temps; mais il ne peut se vendre ni être vendu; sa personne n'est pas une propriété aliénable. La loi ne reconnait point de domesticité; il ne peut exister qu'un engagement de soins et de reconnaissance entre l homme qui travaille et celui qui l'emploie » (Déclaration 1793, art. 18). La Convention, malgré cette déclaration solennelle, n'abolissait point expressément l'esclavage des colonies. Il fallut les événements de Saint-Domingue pour qu'elle portât le décret du 16 pluviôse an II. Cf. au *Moniteur*, Réimpression, XIX, p. 387, les circonstances dans lesquelles fut voté ce décret. Il portait : « La Convention nationale déclare que l'esclavage des nègres dans toutes les colonies est aboli; en conséquence, elle décrète que tous les hommes, sans distinction de couleur, domiciliés dans les colonies, sont citoyens français et jouiront de tous les droits assurés par la constitution. Elle renvoie au comité de salut public pour lui faire incessamment un rapport sur les mesures à prendre pour assurer l'exécution du présent décret ». La Convention, dans la Déclaration de l'an III, proclamait encore que l'esclavage était contraire au droit naturel (art. 15).

Cette suppression de l'esclavage dans les colonies devait être plus théorique qu'effective. En effet, aux termes de la loi du 30 floréal an X : « Dans les colonies restituées à la France, en exécution du traité d'Amiens, l'esclavage sera maintenu conformément aux lois et règlements antérieurs à 1789; il en sera de même dans les autres colonies françaises au delà du cap de Bonne-Espérance. La traite des noirs et leur importation dans lesdites colonies auront lieu conformément aux lois et règlements existants avant la dite époque de 1789 ». Cf. le curieux exposé des motifs par lequel le gouvernement voulait justifier cette loi, S., *Lois annotées*, I, p. 603.

Le code civil, à l'art. 1780, formulait une règle conforme aux principes des Déclarations des droits : « On ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée ». Cependant, ni le Consulat ni l'Empire ne faisaient rien pour arriver à la suppression progressive de l'esclavage dans les colonies que la loi du 30 floréal an X venait d'y rétablir en droit. Mais de 1815 à 1848 la question reste à l'ordre du jour de l'opinion et des débats parlementaires. Une série de lois et d'ordonnances viennent interdire et réprimer la traite des noirs. Cf. notamment la loi du 15 avril 1818, l'ordonnance du 18 janvier 1823, les lois du 25 avril 1827 et du 4 mars 1831, l'ordonnance du 15 juillet 1833. Dès cette époque, comme en 1841 et encore en 1890-91 au moment de la ratification de l'acte de Bruxelles, la question du droit de visite soulève de graves difficultés entre la France et l'Angleterre. Diverses ordonnances sont portées sous le gouvernement de juillet pour améliorer la situation morale des esclaves et favoriser les affranchissements. Cf. notamment les ordon. des 11 juin 1839, 5 janvier 1840, 26 septembre 1841. Plusieurs propositions tendant à l'abolition de l'esclavage sont faites aux chambres. Le grand argument auquel elles viennent se heurter, c'est que leur adoption porterait une atteinte mortelle à l'existence des colonies françaises. Cependant par une décision royale du 26 mai 1840, était créée, sous la présidence du duc de Broglie, une grande commission extra-parlementaire chargée d'étudier toutes les questions relatives à l'esclavage et à la constitution des colonies. Elle n'avait pas encore achevé ses travaux quand éclata la révolution de 1848, qui devait enfin abolir l'esclavage noir et mettre notre législation coloniale en harmonie avec les principes fondamentaux de notre droit public.

Dès le 4 mars 1848, le Gouvernement provisoire rendait un décret ainsi conçu : « Considérant que nulle terre française ne peut plus porter d'esclaves, une commission est instituée... pour préparer dans le plus bref délai l'acte d'émancipation immédiate dans toutes les colonies de la république ». Le 27 avril 1848 un nouveau décret du Gouvernement provisoire prononçait la suppression de l'esclavage dans toutes les colonies françaises. Il portait : « Considérant que l'esclavage est un attentat contre la dignité humaine, qu'en

détruisant le libre arbitre de l'homme, il supprime le principe naturel du droit et du devoir; qu'il est une violation flagrante du dogme républicain *Liberté, égalité, fraternité*... L'esclavage sera entièrement aboli dans toutes les colonies et possessions françaises, deux mois après la promulgation du présent décret dans chacune d'elles. A partir de la promulgation du présent décret dans les colonies, tout châtiment corporel, toute vente de personnes non libres seront absolument interdits ». L'art. 5 de ce décret du 27 avril 1848 reconnaissait en principe le droit des colons à une indemnité et laissait à l'Assemblée nationale le soin de la régler... A l'art. 7, il était dit que le principe formulé par la loi des 28 septembre-16 octobre 1791 et d'après lequel le sol de la France affranchit l'esclave qui le touche, serait appliqué aux colonies et possessions de la république. Enfin il était interdit personnellement aux Français, en quelques pays qu'ils se trouvent, et cela sous peine de la perte de la qualité de citoyen français, de posséder, d'acheter ou de vendre des esclaves et de participer, soit directement, soit indirectement à tout trafic ou exploitation de ce genre. Un délai de trois ans était donné à tous les Français qui se trouvaient atteints par cette prohibition au moment de la promulgation du décret. Treize décrets furent rendus le même jour (27 avril 1848) comme conséquence de l'abolition de l'esclavage pour réglementer l'organisation intérieure des colonies. La constitution de 1848 vint confirmer les décisions du Gouvernement provisoire et donner le caractère constitutionnel à la prohibition de l'esclavage : « L'esclavage ne peut exister sur aucune terre française » (art. 6).

Il faut signaler la loi du 11 février 1851 qui porte à dix ans le délai de trois ans que le décret du 27 avril 1848 (art. 8) accordait aux Français établis à l'étranger pour affranchir ou aliéner leurs esclaves, et la loi du 28 mai 1858 qui décide que cette disposition du décret du 27 avril 1848 ne sera pas applicable aux propriétaires d'esclaves dont la possession est antérieure au décret du 27 avril 1848 ou résulte soit de succession soit de donation entre vifs ou testamentaire soit de conventions matrimoniales.

A la conférence de Berlin en 1885, une déclaration a été arrêtée « concernant la traite des esclaves et les opérations qui, sur terre ou sur mer, fournissent des esclaves à la traite ». Les puissances signataires de l'acte de Berlin du 26 février 1885 se sont engagées « à prendre toutes les mesures en leur pouvoir pour que les territoires du bassin du Congo, sur lesquels s'exercerait leur autorité, ne puissent servir ni de marché ni de voie de transit pour la traite des esclaves et à concourir à la suppression de l'esclavage et surtout de la traite des noirs » (art. 6 et 9). Ces déclarations étaient un peu vagues et insuffisantes. La conférence de Bruxelles, par son acte général du 2 juillet 1890, a arrêté une série de mesures destinées à empêcher la traite des noirs. Le parlement français a ratifié, par la loi du 29 décembre 1891, les dispositions de l'acte de

Bruxelles, sauf celles relatives à la limitation de la zone des alentours de Madagascar et celles relatives à la procédure de l'arrêt, de la saisie et du jugement des navires suspects (art. 21-23 et 42-61 de l'acte de Bruxelles).

La question de l'esclavage dans les colonies françaises s'est posée en 1896, au moment de la discussion et du vote de la loi du 6 août 1896 déclarant « colonie française l'île de Madagascar avec les îles qui en dépendent ». L'exposé des motifs du gouvernement ne contenait aucune indication au sujet de l'abolition de l'esclavage; la commission de la chambre des députés la souleva et M. Le Myre de Vilers disait dans son rapport : « Quel que soit le mode de domination qui sera adopté, l'esclavage doit être aboli; l'art. 1er du décret du 27 avril 1848 nous en fait une obligation formelle ». A la chambre, la discussion s'est engagée sur une proposition de M. Denécheau demandant la vote de la disposition additionnelle suivante : « L'esclavage est supprimé à Madagascar ». Sur les observations de M. Méline, président du conseil, disant que le gouvernement était d'accord avec la chambre sur le principe de la suppression de l'esclavage, mais qu'il demandait du temps pour prendre les mesures de transition et de préparation qui s'imposaient, la chambre ne vota point le texte Denéchau, mais à l'unanimité l'ordre du jour suivant proposé par MM. de Mahy et Gerville-Réache : « L'esclavage étant aboli à Madagascar par le fait que l'île est déclarée colonie française, le gouvernement prendra des mesures pour assurer l'émancipation immédiate ». Cet ordre du jour a été voté à l'unanimité de 544 votants (séance du 20 juin 1896).

Un décret du 1er juillet 1906 (*J. off.*, 1er juillet 1906) punit d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de 500 francs à 1.000 francs quiconque en Algérie et dans les territoires du Sud aura conclu ou tenté de conclure une convention ayant pour objet d'aliéner, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux la liberté d'une tierce personne et quiconque aura introduit en Algérie ou dans les territoires du Sud ou aura fait sortir ou tenté de faire sortir d'Algérie ou des territoires du Sud des individus destinés à faire l'objet de la convention précitée.

79. Liberté du travail. Les syndicats professionnels. — Pour les assemblées de la Révolution et spécialement pour l'Assemblée de 1789, les entraves à la liberté du travail, qu'il fallait définitivement briser, apparaissaient surtout dans les anciennes corporations professionnelles, et la conséquence première et immédiate de la liberté du travail, c'était non seulement la suppression des corporations de métiers, mais encore leur rigoureuse prohibition.

Une ordonnance de Louis XVI, sous le ministère Turgot, février 1776, avait supprimé les corporations. Rédigé par Turgot, le préambule de cet acte formule déjà en termes très nets les principes individualistes : « Nous devons, y est-il dit, à tous nos sujets de *leur assurer la jouissance pleine et entière de leurs droits;* nous devons surtout cette protection à cette classe d'hommes, qui n'ayant de propriété que leur travail et leur industrie ont d'autant *plus le besoin et le droit* d'employer dans toute leur étendue les seules ressources qu'ils aient pour subsister. Nous avons vu avec peine les atteintes multiples qu'ont données à *ce droit naturel et commun* des institutions, anciennes à la vérité, mais que ni le temps ni l'opinion ni les actes mêmes émanés de l'autorité, qui semblent les avoir consacrées, n'ont pu légitimer ». L'art. 1er porte : « Il sera libre à toutes personnes de *quelque qualité et condition* qu'elles soient, même à tous étrangers... d'embrasser et d'exercer dans tout notre royaume... telle espèce de commerce et telle profession d'arts et métiers que bon lui semblera, même d'en réunir plusieurs, à l'effet de quoi... éteignons et supprimons tous les corps et communautés de marchands et artisans... ». Après la disgrâce de Turgot, les corporations de métiers sont rétablies par l'édit d'août 1776. Il est vrai que, d'après cet édit, elles étaient moins fermées qu'auparavant et comme émondées. Sont rétablis seulement six corps de marchands et quarante-quatre communautés d'arts et métiers.

Dans la nuit du 4 août, au moment où elle vote la suppression de tous les privilèges, l'Assemblée nationale adopte le principe de la « réformation des jurandes » (*Arch. parl.*, 1re série, VIII, p. 350). Pratiquement, elles ne furent supprimées que par la loi des 2-17 mars 1791 dont l'art. 7 est ainsi conçu : « A compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier, qu'elle trouvera bon; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente... et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits ». C'était bien le principe de liberté; on imposait un impôt, la patente; rien de plus juste; on réservait les restrictions générales qui pourraient être apportées par les lois de police; rien de plus logique.

Mais l'Assemblée nationale ne devait pas s'en tenir là. Poussant jusqu'à l'extrême la logique de son principe, elle ne se contenta pas de supprimer les corporations forcées, de déclarer le travail et l'industrie libres et accessibles à tous, elle prononça l'interdiction absolue des associations corporatives de métiers et de professions. Elle violait ainsi, inconsciemment du reste, le principe de la liberté individuelle. Elle voyait dans toute forme d'association une atteinte au principe individualiste. C'était une erreur fondamentale. Le principe de la liberté individuelle implique en effet le droit pour l'individu d'associer son activité à celle des autres à l'effet de pour-

suivre en commun tout but licite (cf. *infra*, § 90). La loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791 interdit toute association de métier comme contraire au principe de la constitution elle-même. « L'anéantissement de toutes les espèces de corporations de citoyens du même état et profession étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit » (art. 1).

Il était dit encore dans la loi : « Si, contre les principes de la liberté et de la constitution, des citoyens attachés aux mêmes professions... faisaient entre eux des conventions tendant à refuser de concert ou à n'accorder qu'à un prix déterminé le secours de leur industrie ou de leurs travaux, lesdites délibérations et conventions... sont déclarées inconstitutionnelles, attentatoires à la liberté et à la Déclaration des droits de l'homme et de nul effet; les corps administratifs et municipaux seront tenus de les déclarer telles... » (art. 2; rapp. l'art. 8). Ainsi la loi Le Chapelier interdisait non seulement les corporations professionnelles, mais encore les coalitions et les grèves, et cela au nom de la liberté individuelle, comme contraires au principe de la liberté du travail, comme attentatoires à la Déclaration des droits de l'homme. Les hommes de l'époque, dominés par la doctrine individualiste exagérée et mal comprise, ne comprenaient pas que c'était précisément la prohibition qu'ils édictaient qui était attentatoire à la liberté et violait la Déclaration des droits. Rap. const. 1791, pr. ; const. an III, art. 355 et 360.

Sur l'individualisme exagéré et erroné des assemblées de l'époque révolutionnaire en matière de législation ouvrière, cf. Levasseur, *Histoire des classes ouvrières depuis 1789*, I, p. 104 et suiv.; Paul-Boncourt, *Le fédéralisme économique*, 1898; Pic, *Législation industrielle*, 2e édit., 1901, p. 82.

Le code civil et toute la législation du consulat et de l'empire s'inspirent des mêmes principes individualistes mal compris et on a dit très justement que la politique de l'époque se concentre tout entière dans la création d'une administration puissamment centralisée et le maintien des classes ouvrières dans un état d'émiettement, d'isolement et de pulvérisation obligatoires (Pic, *loc. cit.*, p. 83). — Les associations professionnelles demeurent rigoureusement prohibées. La loi du 22 germinal an XI, art. 6 et 7, puis les art. 414 et 415 du code pénal prohibent les coalitions de patrons et les coalitions d'ouvriers faites en vue d'organiser la grève. Mais le gouvernement impérial tolère, favorise même la formation des syndicats patronaux. Sous la Restauration quelques tentatives furent faites en vain pour obtenir la reconnaissance légale des associations ouvrières et patronales. Quant au gouvernement de juillet, relativement libéral en matière politique, il ne sut qu'aggraver par la loi du 10 avril 1834 la législation prohibitive du code pénal en matière d'association (C. pén., art. 291).

Le Gouvernement provisoire de 1848 favorise la constitution

d'associations professionnelles. L'insurrection de juin arrêta pour un temps toutes réformes législatives en faveur des classes ouvrières. Cependant, à partir de 1860 surtout, à la faveur de la tolérance du gouvernement, les associations ouvrières se développent dans des proportions notables. En même temps, la loi du 15 mai 1864, modifiant les art. 414-416 C. pén , reconnait aux ouvriers le droit de coalition et de grève. Le mouvement syndical, arrêté à la fin du second empire par l'intervention du gouvernement effrayé par la formation de l'Association internationale des travailleurs, arrêté aussi par les événements de 1870-71 et la politique autoritaire du gouvernement jusqu'en 1876, reparait à partir de 1877 avec une intensité particulière. Le législateur ne peut pas ne pas intervenir et faire une loi pour reconnaître les associations professionnelles qui se sont imposées d'elles-mêmes. Au moment où fut promulguée la loi du 21 mars 1884, il existait 237 syndicats ouvriers à Paris et 350 en province (Pic, *loc. cit.*, p. 223).

La loi du 21 mars 1884 est encore, suivant l'expression de M. Pic, « la charte fondamentale des associations professionnelles françaises ». Elle est essentiellement une loi de liberté; elle est vraiment conforme à la doctrine de la Déclaration des droits. Elle est également respectueuse des droits des patrons et de ceux des ouvriers, des droits des syndiqués et de ceux des non-syndiqués. Le syndicat n'est obligatoire pour personne; mais il est permis à tous, aux patrons comme aux ouvriers, dans les mêmes conditions et avec les mêmes effets, aux patrons et aux ouvriers syndiqués séparément ou syndiqués en commun. La loi des 14-17 juin 1791 et l'art. 416 C. pén. sont déclarés abrogés. En accordant la liberté la plus large aux syndicats professionnels, la loi exige une simple déclaration à la mairie et le dépôt des statuts (art. 1, 2 et 4).

La chambre des députés est actuellement saisie d'un important projet de loi rapporté par M. Barthou à la précédente législature et qui apporte des extensions importantes au droit syndical. On propose de déclarer abrogés les art. 414 et 415 du code pénal qui punissent de peines spéciales « quiconque à l'aide de violences, voies de fait... aura amené ou maintenu une cessation concertée de travail dans le but de forcer la hausse ou la baisse des salaires ou de porter atteinte au libre exercice de l'industrie ou du travail ». M. Barthou, dans son rapport (*J. off., doc. parl.*, chambre 1903, sess. extraord., p. 77), et dans son discours de Bordeaux (4 février

1906, *Petite Gironde*, 5 février 1906, p. 2) déclare qu'il suffit du droit commun pour protéger la liberté du travail. Nous craignons bien qu'il n'en soit pas ainsi, et nous estimons qu'en entrant dans cette voie, le législateur s'exposerait, sous prétexte de protéger la liberté de la grève, à supprimer la *liberté de ne pas faire grève* et à porter ainsi une atteinte directe à la liberté du travail. M. Clémenceau, ministre de l'intérieur, a dit très justement à la chambre, le 19 juin 1906 : « J'estime que tout homme qui a besoin de travailler et qui trouve du travail a le droit de travailler et j'estime que *la société et les pouvoirs publics ont le devoir de lui assurer l'exercice de ce droit* ». Le projet de loi étend le droit syndical à toutes les professions libérales. En outre, l'art. 6 du projet reconnait aux syndicats professionnels la jouissance de la personnalité civile, le droit d'ester en justice et d'acquérir sans autorisation, à titre gratuit ou à titre onéreux, des biens meubles et immeubles, et le droit de faire des actes de commerce ».

Le projet accordait le droit syndical « aux ouvriers et employés de l'Etat, qui ne détiennent aucune part de la puissance publique ». Mais, effrayé par les revendications énergiques de beaucoup de fonctionnaires et particulièrement par celles des instituteurs, des agents des postes, le gouvernement vient de constituer une commission extra-parlementaire « chargée d'élaborer un projet de loi tendant à accorder aux associations formées entre fonctionnaires... certains droits conférés par la loi du 21 mars 1884 aux syndicats professionnels » (D. 21 mai 1906, *J. off.*, 22 mai 1906). Le gouvernement a d'ailleurs, dans sa déclaration du 12 juin 1906, formellement dénié aux fonctionnaires le droit de grève (cf. §§ 63 et 64).

En interdisant les associations professionnelles, la Révolution avait porté atteinte à la liberté du travail. Le législateur moderne, sous la pression des faits, a très justement reconnu la légitimité des syndicats professionnels et les auteurs du nouveau projet de loi ont été très heureusement inspirés en proposant de reconnaître expressément la personnalité civile aux syndicats et en leur permettant d'acquérir à titre gratuit des biens mobiliers et immobiliers. Mais si la loi doit reconnaître et garantir la liberté de se syndiquer, elle doit reconnaître et garantir aussi la liberté de ne pas se syndiquer. Le travailleur qui veut rester indépendant et n'obéir à aucun syndicat, doit voir sa liberté et son indépendance aussi énergiquement protégées que celles des groupements professionnels. Le syndicat est une liberté, il ne doit pas devenir une

servitude. C'est le devoir du législateur de l'éviter et de traiter également les travailleurs libres et les travailleurs syndiqués.

Les décrets du 17 septembre 1900 et du 2 janvier 1901 (dits décrets Millerand) ont certainement porté atteinte à la liberté du syndicat ou plus exactement à la liberté de tout travailleur de faire ou non partie d'un syndicat et à l'égalité qui doit régner entre les travailleurs syndiqués ou non syndiqués, en accordant l'électorat aux *conseils du travail* aux seuls membres des associations professionnelles légalement constituées conformément à la loi du 21 mars 1884. Le conseil d'Etat a reconnu la légalité de ces décrets par un arrêt du 19 février 1904 (*Rec.*, 1904, p. 131). Il est vrai que la question d'atteinte à la liberté du travail n'a pas été soulevée devant le conseil d'Etat. Pour rendre ces décrets inefficaces, M. Bérenger avait saisi le sénat d'une proposition de loi organisant les conseils du travail sur des bases différentes et respectant les principes de liberté et d'égalité. Cette proposition, votée par le sénat les 13 novembre et 5 décembre 1902, transmise à la chambre des députés le 9 décembre 1902, n'y a pas eu de suite.

Il se dessine aujourd'hui en France un mouvement très actif qui, sous le nom de *syndicalisme*, tend à encadrer dans des syndicats fortement organisés tous les travailleurs pour rendre possible la grève générale, et pour substituer même à l'autorité de l'Etat la direction émanée des syndicats de travailleurs, pour substituer à l'Etat unitaire une république fédérale ouvrière, dont la *Confédération générale du travail* constituée à la Bourse du travail de Paris forme comme l'embryon. Cf. notamment Guicysse, *Patriotisme démocratique et capitaliste*, *Mouvement socialiste*, 1er-15 décembre 1905, p. 512, et 15 janvier 1906, p. 121; juillet 1906, p. 200. Dans le *Mouvement socialiste*, 15 avril 1906, M. Lagardelle écrit : « Les socialistes parlementaires et les démocrates s'efforcent de conquérir l'Etat; les syndicalistes révolutionnaires tâchent de le désorganiser pour le mieux détruire... Ruiner la hiérarchie, briser le lien de dépendance qu'elle organise, annihiler la puissance formidable de l'instrument principal de la domination bourgeoise, voilà le sens de la guerre qui commence entre l'Etat et ses subordonnés. La propagande antimilitariste et anti-patriotique elle aussi n'a pas d'autre sens... ». C'est la *Confédération générale du travail*, qui avait organisé la journée du 1er mai 1906, qui jeta la terreur dans la bourgeoisie parisienne.

80. Les industries et commerces monopolisés et ceux soumis à un régime de police. — Le législateur porte-t-il atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie lorsque, dans un intérêt fiscal, il crée au profit de l'Etat le monopole de fabrication ou de

vente d'un certain produit? Chacun sait qu'aujourd'hui existe en France le monopole de fabrication et de vente pour le tabac, les poudres et salpêtres, les allumettes, les postes, les télégraphes et téléphones, les monnaies. On ne saurait sérieusement prétendre que le principe de la liberté du travail ait pour conséquence logique et nécessaire l'impossibilité pour le législateur d'établir dans un but fiscal au profit de l'Etat le monopole de certaines industries et de certains commerces. Le législateur a incontestablement le droit d'établir des impôts; et l'impôt est forcément une atteinte soit à la liberté du travail, soit à la propriété, et souvent à l'une et à l'autre. Par conséquent, le monopole fiscal d'une industrie et d'un commerce est légitime, puisque, en fin de compte, il n'est pas autre chose, comme tout impôt, qu'une limitation apportée dans un intérêt fiscal à la liberté du travail et à la propriété. Il appartient au législateur de décider, d'après les données de l'art économique, comment l'impôt, qui doit atteindre tel produit, doit être organisé, s'il doit être établi sous la forme d'une taxe ou sous la forme d'un monopole. Assurément le monopole ne doit être établi que sur des objets de luxe et seulement dans le cas où il est seul susceptible de donner le résultat financier cherché. C'est, peut-on dire, une forme d'impôt subsidiaire, à laquelle le législateur ne doit avoir recours que lorsque les formes ordinaires d'impôt ne peuvent produire les résultats financiers voulus.

Il est un commerce dont le monopole établi au profit de l'Etat se rattache à un tout autre ordre d'idées, c'est celui des postes, télégraphes et téléphones. Le monopole de l'Etat n'a pas ici pour but principal un but fiscal; il se rattache à ce fait incontestable qu'il y a là un commerce qui touche directement l'intérêt collectif, qui doit constituer un véritable service public, dont l'Etat par conséquent doit assurer l'exécution. Les économistes orthodoxes eux-mêmes sont obligés de reconnaître que le service des postes et des télégraphes ne peut être utilement assuré que par l'Etat lui-même; que, notamment, les postes et télégraphes pourraient difficilement rendre les services internationaux que les peuples ont le droit d'en

attendre, si les différents Etats n'avaient monopolisé ces services. De la raison qui justifie le monopole des postes et télégraphes, il résulte que, rationnellement et équitablement, un Etat doit consacrer à l'amélioration de ces services tous les bénéfices nets qu'il tire de leur exploitation Cf. *rapport* Sembat, budget postes, 1906, *J. off., doc. parl.*, chambre, sess. extr., p. 201.

Industries frappées d'interdiction. — Certaines industries ne peuvent s'exercer qu'au moyen d'actes qui sont considérés comme des infractions pénales. Naturellement, de pareilles industries sont interdites. Leur exercice entraîne une peine; et le législateur qui les interdit ne porte point atteinte à la liberté du travail. La liberté ne peut jamais être le droit de faire une chose qui constitue une infraction pénale.

On peut citer, à titre d'exemple, la fabrication de la fausse monnaie (C. pén., art. 132 et suiv.); la fabrication, le colportage et la distribution des imprimés simulant des billets de banque, titres de rente, vignettes et timbres du service des postes français et étranger (LL. 11 juillet 1885, 13 avril 1892); l'usure (LL. 3 septembre 1807, 19 décembre 1850 et 12 janvier 1886, D. 29 janvier 1898 pour l'Algérie); la tenue de maison de jeu (C. pén., art. 410); les loteries (L. 21 janv. 1836); l'exploitation des paris sur les courses de chevaux (L. 2 juin 1891); la vente en vue des paris à faire de renseignements sur les chances des chevaux engagés, etc. (L. 3 avril 1900); la vente, l'exposition ou la distribution d'écrits autres que les livres, d'affiches, de dessins, de gravures obscènes ou contraires aux bonnes mœurs (L. 16 mars 1898).

Industries qui ne peuvent s'exercer que par une concession de l'Etat. — Toute exploitation d'une ligne de chemin de fer, d'intérêt local ou d'intérêt général, exige une loi (L. 11 juin 1880, art. 2, § 2). — L'exploitation des chemins de fer en France n'est pas un service public; mais elle est placée sous le contrôle direct de l'Etat. Le caractère particulier de l'exploitation des chemins de fer fait qu'on ne doit point voir dans ce contrôle une atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

L'industrie minière. — Il n'y a pas pour le législateur moderne œuvre plus difficile que d'établir une législation minière qui respecte tous les droits, sauvegarde tous les intérêts et établisse une heureuse ba-

lance de l'intérêt général et de l'intérêt privé. Au premier abord, il semble que, dans un pays qui reconnaît encore le principe de la propriété foncière individuelle, entraînant propriété du dessus et du dessous (Déclar. des droits, art. 17; C. civ., art. 552), la mine devrait appartenir sans restriction au propriétaire du sol qui serait libre de l'exploiter ou de ne pas l'exploiter à son gré. Mais cette solution vient se heurter à de graves objections. D'abord, on justifie souvent la propriété individuelle du sol en disant qu'elle est le produit du travail du possesseur ou de son auteur qui, à un moment donné, l'a mis en état de culture. Or, il n'en est point ainsi pour la mine qui est un produit purement naturel; et il est de toute équité que la propriété de la mine ne soit point comprise dans la propriété du sol. D'autre part, la mise en exploitation d'une mine exige de gros capitaux et le plus souvent le propriétaire du sol serait dans l'impossibilité de se les procurer. Il faut ajouter que, très souvent aussi, le gisement minier s'étend sur un espace dont la surface appartient à un grand nombre de propriétaires, et cette division rendrait encore impossible l'exploitation de la mine. Or il y a un intérêt collectif de premier ordre à ne pas laisser inexploitées des richesses minières qui peuvent être considérables. C'est pour ces raisons principales que toutes les législations modernes, tout en reconnaissant le principe de la liberté du travail et de l'inviolabilité de la propriété, soumettent l'industrie minière à un régime qui implique de graves restrictions à la propriété et à la liberté industrielle.

Aujourd'hui en France le régime des mines est réglé par la loi du 21 avril 1810, complétée et modifiée sur certains points de détail par la loi du 17 juillet 1880. M. Berthélemy écrit très exactement : « La loi du 21 avril 1810 est une transaction pratique où il est tenu compte des droits possibles des propriétaires de la surface, des droits nécessaires des inventeurs et des droits certains de la collectivité, créatrice du milieu d'où la mine tient sa valeur. L'autorité concède la mine à qui présente à ses yeux les plus sûres garanties. Ni l'inventeur ni le propriétaire ne peuvent réclamer la

préférence. Si ni l'un ni l'autre n'obtiennent la concession, l'un est récompensé, l'autre indemnisé. Le droit de la collectivité est représenté par une redevance fiscale. L'administration garde perpétuellement la surveillance sur l'exploitation » (*Droit adm.*, 4e édit., 1906, p. 707). — Le concessionnaire est obligé d'exploiter la mine. D'après une jurisprudence constante, qui s'appuie sur une interprétation contestable de l'art. 49 de la loi du 21 avril 1810, la sanction de cette obligation est la déchéance de la concession. Cette solution, si elle ne peut invoquer un texte formel, est rationnelle : la concession de la mine est faite en effet bien plus dans l'intérêt collectif que dans l'intérêt du concessionnaire. Cf. arrêt cons. d'Etat, 27 juillet 1906, avec d'intéressantes conclusions de M. le commissaire du gouvernement Teissier, *Le Temps*, 2 août 1906. Cons. sur le régime minier, Colson, *Economie politique,* 1903, II, p. 25 et suiv.

La nationalisation intégrale des mines est un article essentiel du programme collectiviste. Cf. le discours de M. Jaurès à la chambre des députés, séance du 14 juin 1906. — Le gouvernement, dans la déclaration lue aux chambres le 12 juin 1906, a annoncé le dépôt d'un projet de loi « qui aura pour but de corriger les imperfections de la loi de 1810 soit en donnant à l'Etat un droit plus étendu de déchéance..., soit en entourant la rétrocession de conditions dont l'absence peut constituer un véritable danger ».

Une question tout à fait analogue à celle des mines s'est posée récemment par suite de la merveilleuse découverte de la transmission de la force par l'électricité. Dans le droit actuel la pente des eaux et les eaux elles-mêmes sont *res nullius* (L. 8 avril 1898). Mais la force motrice qu'elles constituent ne peut être utilisée que par les riverains. Ceux-ci peuvent, avec l'autorisation de l'administration, établir des barrages; mais cette autorisation ne leur confère aucun droit exclusif à l'égard des autres riverains (L. 8 avril 1898, art. 10 et 11). Un pareil régime rend complètement impossible l'établissement de barrages puissants permettant de capter toute la force motrice d'un cours d'eau et de créer une grande industrie. Ici encore se trouvent en présence des intérêts et des droits qu'il s'agit de concilier, les droits et les intérêts des propriétaires riverains, et les intérêts de la collectivité qui ne peut être privée des facteurs puissants de production que constitue la *houille blanche.*

La chambre des députés dans la précédente législature a été saisie d'un long projet de loi présenté par le gouvernement le 15 janvier 1904, arrêté après les travaux d'une commission dont le rapport a été fait par MM. Hauriou et Michoud. V. la substance de ce rapport dans le long exposé des motifs qui précède le projet de loi et dans lequel sont analysés les divers systèmes proposés (*J. off.*, *doc. parl.*, chambre, sess. ordin., 1904, p. 26). — Voir aussi les études et les discussions de la Société d'études législatives, *Bulletin,* 1902 et 1903. — Rapp. L. 15 juin 1906.

Industries soumises au régime de l'autorisation préalable. — Pour elles le législateur a véritablement abandonné le principe de la liberté du travail; il les soumet à un véritable régime de police. Nul ne peut exercer ces industries sans une autorisation préalable de l'administration. Il faut évidemment, pour que le législateur puisse porter légalement une atteinte directe à la liberté industrielle, de très graves raisons. Elles ne peuvent être tirées que de la nécessité d'assurer la sécurité, la salubrité et la tranquillité publiques, et de ce fait que le système simplement réparateur ou répressif serait impuissant à réparer le mal social. Parmi les industries que le droit français soumet ainsi au régime de police, il en est pour lesquelles la légitimité d'un pareil système est évidente; il en est d'autres, au contraire, pour lesquelles l'atteinte apportée à la liberté du travail ne se justifie pas aisément.

Sont assujettis, par exemple, à une autorisation préalable de l'administration les établissements dangereux, incommodes ou insalubres (D. 15 octobre 1810). Cette règle de l'autorisation préalable ne s'applique qu'aux établissements classés, c'est-à-dire aux établissements compris dans les tableaux annexés au décret de 1810 ou établis par certains règlements postérieurs, par exemple le décret du 19 mai 1873 relatif au pétrole et à ses dérivés. Incontestablement on ne peut voir dans le décret de 1810 et les décisions postérieures, qui sont venues le compléter, une violation du principe de la liberté industrielle. Il y avait un intérêt public de premier ordre à ce que des établissements industriels de cette sorte ne pussent pas s'ouvrir sans une autorisation préalable. D'autre part, le droit qui appartient toujours à l'intéressé de former un recours juridictionnel objectif contre la décision de l'administration active est une garantie certainement suffisante. Il y a lieu seulement de regretter que cette réglementation résulte de simples décrets et non pas d'une loi proprement dite. Il y avait là une matière législative au premier chef (Décl. des droits, art. 4). Certains établissements particulièrement dangereux ont été soumis par la loi elle-même à un régime spécial, notamment les fabriques de dynamite et d'explosifs à base de nitro-glycérine (L. 8 mars 1875 et D. 24 août 1875).

Se justifie moins facilement la loi du 14 mars 1904. Elle décide que les bureaux de placement payants existant au moment de sa promulgation peuvent être supprimés moyennant une indemnité,

que tout bureau nouveau ne peut être créé qu'avec une autorisation, que cette autorisation peut toujours être retirée et le bureau supprimé sans indemnité. Cette loi a été votée par les chambres, véritablement sous la pression des grèves organisées par les garçons de café et de restaurant et à la suite des désordres qui s'étaient produits à Paris à la bourse du travail. Mauvaises conditions pour faire une bonne loi. Il est difficile de justifier le droit discrétionnaire, donné par la loi du 14 mars 1904 (art. 1 et art. 11), d'accorder ou de refuser l'autorisation, de supprimer les bureaux de placement autorisés, et la tendance avouée d'assurer le monopole du placement aux communes et aux syndicats professionnels. Le législateur s'est inspiré du désir très généreux d'empêcher que les travailleurs ne soient exploités par des intermédiaires peu scrupuleux. Mais, pour atteindre ce but, il a certainement apporté une grave atteinte à la liberté du commerce.

Industries soumises au régime de la déclaration. — Il n'y a pas là une obligation contraire au principe de la liberté du travail : celui qui veut exercer une de ces industries est complètement libre ; mais ces industries pouvant, à cause de leur but même, nécessiter une certaine surveillance de l'administration, il est parfaitement légitime que la loi oblige l'industriel à faire une déclaration.

Une série d'industries et de commerces, qui autrefois étaient soumis à l'autorisation, doivent aujourd'hui seulement faire une déclaration : par exemple, les fabriques d'armes (L. 14 août 1885), la publication de journaux, le colportage des journaux et imprimés (cf. § 86), les débits de boissons (L. 17 juillet 1880), les exploitations théâtrales (D. 6 janvier 1864). Les sociétés d'assurances sur la vie n'ont plus besoin pour se constituer de l'autorisation du gouvernement ; mais elles ne peuvent fonctionner qu'après avoir été enregistrées sur leur demande au ministère du commerce (L. 17 mars 1905, art. 2, § 2). Ont toujours été et sont encore soumises à la formalité de la déclaration, par exemple, la fabrication des matières d'or et d'argent (L. 19 brumaire an VI), l'exploitation des mines à ciel ouvert et des carrières (LL. 9 mai 1866 et 17 juillet 1880), la mise en circulation des voitures automobiles outre le certificat de capacité exigé du conducteur (D. 10 mars 1899, art. 8 et 11), le commerce des substances vénéneuses (L. 19 juillet 1845), le commerce de brocanteur (L. 17 février 1898), les professions d'aubergiste, hôtelier-logeur ou loueur en garni (C. pénal, art. 475, n° 2). Dans toutes les grandes villes, cette profession est soumise à une réglementation rigoureuse. V. pour Paris l'ordonnance du 1er juillet 1905.

Industries soumises à réglementation. — Toute industrie peut être certainement réglementée par la loi ; et

le législateur n'excède pas ses pouvoirs lorsque, suivant le principe de l'art. 4 de la Déclaration des droits, il prend pour mesure des limitations qu'il apporte à l'exercice de telle ou telle industrie la nécessité de protéger les droits de tous.

On a déjà cité comme exemple de commerce réglementé directement par le législateur les sociétés d'assurance sur la vie et les entreprises dans les opérations desquelles intervient la durée de la vie humaine (L. 17 mars 1905). On doit citer encore la pharmacie (L. 21 germinal an XI). Parfois le législateur exige certaines conditions de capacité professionnelle, par exemple pour la pharmacie (L. 21 germinal an XI) et la médecine (LL. 19 ventôse an IX, 30 novembre 1892). En dehors de la loi, le gouvernement a toujours considéré qu'il pouvait, par de simples décrets réglementaires ne se référant à aucune loi, établir une réglementation d'une industrie dans la mesure où cela lui paraissait nécessaire pour assurer la tranquillité, la sécurité et la salubrité publiques (cf. *infra*, § 141). On peut citer l'ordonnance du 18 juin 1823 sur les eaux minérales dont la légalité a été reconnue par un arrêt de la cour de cassation du 21 juillet 1875 et les décrets sur les automobiles des 10 mars 1899 et 10 septembre 1901.

Les préfets et les maires, dans les termes des art. 91, 97 et 99 de la loi du 5 avril 1884, ont incontestablement compétence pour réglementer toutes les industries dans la mesure où cette réglementation est nécessaire pour assurer la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques. Ce pouvoir réglementaire s'applique surtout aux industries qui s'exercent sur la voie publique et à celles qui font appel au public, comme les théâtres, les concerts, les cafés, la location de garnis.

Ce pouvoir réglementaire du gouvernement, des préfets et des maires, s'exerce sous le contrôle juridictionnel du conseil d'Etat. Tout intéressé peut attaquer le règlement, non seulement pour vice de forme, mais encore pour excès de pouvoir résultant d'une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie ou à la propriété, et pour détournement de pouvoir. Le conseil d'Etat a souvent annulé, pour atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, des arrêtés municipaux portant réglementation de certaines industries. Cf. notamment arrêts 17 février 1905, *Rec.*, p. 164; 3 mars 1905, *Rec.*, p. 219; 10 mars 1905, *Rec.*, p. 241. Les tribunaux judiciaires sous le contrôle de la cour de cassation possèdent assurément le pouvoir, aux termes de l'art. 471, n° 15 du code pénal, de refuser d'appliquer un règlement comme contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Mais, sur ce point comme sur beaucoup d'autres, la jurisprudence de la cour de cassation est bien moins protectrice des droits individuels que celle du conseil d'Etat.

que tout bureau
tion, que ce
suppri
vér
çon
s'éta
tion
discr
d'acc
place
du pl
législ
travai
leux.
grav
I
n'y
la

PREMIÈRE PARTIE. — CHAPITRE IV

§ Du contrat de travail. — Une conséquence semble-t-il, du principe de la liberté du travail, c'est le droit qui doit être reconnu à chacun de régler librement les conditions suivant lesquelles il loue son travail à une autre personne ; c'est en un mot la liberté entière du contrat de travail. Chacun paraît devoir être libre de travailler comme il l'entend. Par conséquent les clauses du contrat de travail semblent devoir être réglées librement, d'un commun accord, par l'employé et l'employeur, sans que le législateur puisse intervenir pour limiter cette liberté, par exemple pour fixer un maximum d'heures de travail quotidien ou un minimum de salaire quotidien.

Le législateur de la Révolution ne pensa pas un instant qu'il appartenir à l'État d'intervenir pour régler d'une manière restrictive les clauses du contrat de travail. Il se borna à prohiber l'engagement de services à perpétuité ans des textes déjà cités : girondine, art. 20 ; Décl. 1793, art. 18 ; Décl. an III, art. code civil contenait seulement deux courtes dispositions au contrat de travail, l'art. 1780 : « On peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée », et l' « Le maître est cru sur son affirmation pour la quotité pour le payement du salaire de l'année courante et pour les données pour l'année courante », disposition du 2 août 1868.

La première loi qui soit intervenue pour réglemen tions du contrat de travail est la loi du 22 mars 18 travail des enfants employés dans les manufactures, ateliers. Cette loi, inspirée par une idée très heureuse, festement insuffisante et dépourvue de toute sanctio Aussi resta-t-elle lettre morte. C'est en 1848, sous l'i mouvement social, qui avait à la fois provoqué et accom révolution politique, que furent portées les premières disp légales réglementant vraiment le contrat de travail. Par le d du 2 mars 1848, le Gouvernement provisoire posa le principe de réglementation du travail pour les hommes adultes eux-mêmes C'était une déclaration de principe, bien plutôt qu'une disposition applicable et pratique. L'Assemblée nationale de 1848 vota la loi du 9 septembre 1848, encore en vigueur, qui, tout en laissant subsister principe de la réglementation du travail des adultes, en restrei ait l'application « aux établissements à moteur mécanique ou à fe ntinu et aux fabriques occupant plus de vingt ouvriers lier » ; elle fixa à douze heures la durée maxim ail dans ces établissements. Cette lo

mmerces, qui autrefois éta
d'hui seulement faire une dé
rmes (L. 14 août 1885), la pub
journaux et imprimés (cf. § 86
), les exploitations théâtrales
rances sur la vie n'ont plus
n du gouvernement ; mais
voir été enregistrées sur
(L. 17 mars 1905, art. 2,
es à la formalité de la
matières d'or et d'ar-
mines à ciel ouvert
880), la mise en cir-
ertificat de capacité
et 11), le commerce
le commerce de bro-
aubergiste, hôtelier-
nº 2). Dans toutes les
une réglementation
uillet 1905.
— Toute indus-
par la loi ; et

appliquée, à cause des exceptions qu'y apportèrent les décrets des 17 mai 1851 et 31 janvier 1866, à cause de l'absence d'un personnel de contrôle et par suite aussi de l'inertie des parquets.

La troisième république a édicté toute une législation du travail. La loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et filles mineures employés dans l'industrie détermine d'une façon très étroite les conditions dans lesquelles les mineurs de l'un et de l'autre sexe pourront être employés dans l'industrie et crée l'inspection du travail pour assurer son exécution. La loi du 16 février 1883 décide que les inspecteurs du travail créés par la loi de 1874 seront chargés d'assurer l'application de la loi du 9 septembre 1848. La réglementation de 1874, considérée comme insuffisante, fut remplacée par la grande loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles mineures et des femmes, complétée par une série de décrets, 3 et 13 mai, 15 juillet 1893, 26 juillet 1895, 29 juillet 1897. Pour remédier aux difficultés d'application de cette loi dans les usines employant en même temps des femmes, des enfants et des adultes, et dans celles où le travail est organisé par équipes, la loi du 30 mars 1900 (Loi Millerand-Colliard) décide que dans les établissements mixtes, la durée du travail quotidien sera pour tout le monde, femmes, enfants, adultes, de 10 heures au maximum, et que dans chaque établissement, sauf certaines exceptions, les repos auront lieu aux mêmes heures pour tout le personnel (art. 1). Rap. D. 28 mars 1902 et L. 29 décembre 1900, fixant les conditions du travail des femmes employées dans les magasins, boutiques... La loi du 29 juin 1905 limite pour les ouvriers des mines la durée du travail quotidien, qui ne pourra excéder une durée de 9 heures ; au bout de deux années, la durée de la journée devra être réduite à 8 heures et demie, et au bout d'une nouvelle période de deux ans à une durée de 8 heures. La loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire interdit d'occuper plus de 6 jours par semaine un même ouvrier ou employé dans un établissement industriel ou commercial de quelque nature qu'il soit. Cf. la circulaire du ministre du commerce, du 5 septembre 1906, relative à l'application de la loi sur le repos hebdomadaire (*Le Temps,* 10 septembre 1906). Cette loi, éminemment juste, a rencontré cependant quelque résistance à son application. — V. le projet de loi sur la réglementation des heures de travail déposé à la chambre le 10 juillet 1906 par M. Doumergue, ministre du commerce, et d'après lequel la durée quotidienne du travail des adultes ne pourra en principe excéder 10 heures (*Le Temps,* 3 août 1906).

Pour l'étude de la législation complète du contrat de travail, cf. Pic, *Législation industrielle,* 2e édit., 1903, p. 542 et suiv. Une tentative de codification des lois relatives au travail et à l'assistance a été commencée. Dans ce futur code, le titre II du livre I est intitulé *Du contrat de travail.* V. *Code du travail et de la prévoyance sociale,* Liv. I, *Rapport* de M. R. Jay, *Publications* du ministère

81. Du contrat de travail. — Une conséquence logique, *semble-t-il*, du principe de la liberté du travail, c'est *le droit qui* doit être reconnu à chacun de *régler librement* les conditions suivant lesquelles il *loue son travail* à une autre personne; c'est en un *mot la liberté* entière du contrat de travail. Chacun paraît devoir être libre de travailler comme il l'entend. Par conséquent les clauses du contrat de travail semblent devoir être réglées librement, d'un commun accord, par l'employé et l'employeur, sans que le législateur puisse intervenir pour limiter cette liberté, par exemple pour fixer un maximum d'heures de travail quotidien et un minimum de salaire quotidien.

Le législateur de la Révolution ne pensa pas un instant qu'il pût appartenir à l'Etat d'intervenir pour régler d'une manière restrictive les clauses du contrat de travail. Il se borna à prohiber l'engagement de services à perpétuité dans des textes déjà cités : Décl. girondine, art. 20; Décl. 1793, art. 18; Décl. an III, art. 15. Le code civil contenait seulement deux courtes dispositions relatives au contrat de travail, l'art. 1780 : « On ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée », et l'art. 1782 : « Le maître est cru sur son affirmation pour la quotité des gages, pour le payement du salaire de l'année courante et pour les à-comptes donnés pour l'année courante », disposition abrogée par la loi du 2 août 1868.

La première loi qui soit intervenue pour réglementer les conditions du contrat de travail est la loi du 22 mars 1841, relative au travail des enfants employés dans les manufactures, les usines et ateliers. Cette loi, inspirée par une idée très heureuse, était manifestement insuffisante et dépourvue de toute sanction sérieuse. Aussi resta-t-elle lettre morte. C'est en 1848, sous l'influence du mouvement social, qui avait à la fois provoqué et accompagné la révolution politique, que furent portées les premières dispositions légales réglementant vraiment le contrat de travail. Par le décret du 2 mars 1848, le Gouvernement provisoire posa le principe de la réglementation du travail pour les hommes adultes eux-mêmes. C'était une déclaration de principe, bien plutôt qu'une disposition applicable et pratique. L'Assemblée nationale de 1848 vota la loi du 9 septembre 1848, encore en vigueur, qui, tout en laissant subsister le principe de la réglementation du travail des adultes, en restreignit l'application « aux établissements à moteur mécanique ou à feu continu et aux fabriques occupant plus de vingt ouvriers réunis en atelier »; elle fixa à douze heures la durée maxima de la journée de travail dans ces établissements. Cette loi ne fut pour ainsi dire pas

appliquée, à cause des exceptions qu'y apportèrent les décrets des 17 mai 1851 et 31 janvier 1866, à cause de l'absence d'un personnel de contrôle et par suite aussi de l'inertie des parquets.

La troisième république a édicté toute une législation du travail. La loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et filles mineures employés dans l'industrie détermine d'une façon très étroite les conditions dans lesquelles les mineurs de l'un et de l'autre sexe pourront être employés dans l'industrie et crée l'inspection du travail pour assurer son exécution. La loi du 16 février 1883 décide que les inspecteurs du travail créés par la loi de 1874 seront chargés d'assurer l'application de la loi du 9 septembre 1848. La réglementation de 1874, considérée comme insuffisante, fut remplacée par la grande loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles mineures et des femmes, complétée par une série de décrets, 3 et 13 mai, 15 juillet 1893, 26 juillet 1895, 29 juillet 1897. Pour remédier aux difficultés d'application de cette loi dans les usines employant en même temps des femmes, des enfants et des adultes, et dans celles où le travail est organisé par équipes, la loi du 30 mars 1900 (Loi Millerand-Colliard) décide que dans les établissements mixtes, la durée du travail quotidien sera pour tout le monde, femmes, enfants, adultes, de 10 heures au maximum, et que dans chaque établissement, sauf certaines exceptions, les repos auront lieu aux mêmes heures pour tout le personnel (art. 1). Rap. D. 28 mars 1902 et L. 29 décembre 1900, fixant les conditions du travail des femmes employées dans les magasins, boutiques... La loi du 29 juin 1905 limite pour les ouvriers des mines la durée du travail quotidien, qui ne pourra excéder une durée de 9 heures ; au bout de deux années, la durée de la journée devra être réduite à 8 heures et demie, et au bout d'une nouvelle période de deux années à une durée de 8 heures. La loi du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire interdit d'occuper plus de 6 jours par semaine un même ouvrier ou employé dans un établissement industriel ou commercial de quelque nature qu'il soit. Cf. la circulaire du ministre du commerce, du 5 septembre 1906, relative à l'application de la loi sur le repos hebdomadaire (*Le Temps,* 10 septembre 1906). Cette loi, éminemment juste, a rencontré cependant quelque résistance à son application. — V. le projet de loi sur la réglementation des heures de travail déposé à la chambre le 10 juillet 1906 par M. Doumergue, ministre du commerce, et d'après lequel la durée quotidienne du travail des adultes ne pourra en principe excéder 10 heures (*Le Temps,* 3 août 1906).

Pour l'étude de la législation complète du contrat de travail, cf. Pic, *Législation industrielle,* 2e édit., 1903, p. 542 et suiv. Une tentative de codification des lois relatives au travail et à l'assistance a été commencée. Dans ce futur code, le titre II du livre I est intitulé *Du contrat de travail.* V. *Code du travail et de la prévoyance sociale,* Liv. I, *Rapport* de M. R. Jay, *Publications* du ministère

du commerce, 1904, et *J. off., doc. parl.*, chambre, session ord., 1905, p. 51 ; *Rapport* de M. Charles Benoist, très intéressant sur l'évolution du travail et l'évolution de l'Etat, *J. off., doc. parl.*, chambre, session ord., 1905, p. 187. Dans la déclaration lue aux chambres le 12 juin 1906, le gouvernement a annoncé le dépôt d'un projet de loi ayant pour but de définir « les obligations et les droits résultant du contrat de travail... et de définir les caractères du contrat collectif de travail ». Ce projet a été déposé à la chambre le 2 juillet 1906.

Le législateur, en déterminant ainsi les conditions du travail, ne porte-t-il pas atteinte à la liberté individuelle dans l'une de ses plus importantes manifestations? Que le législateur puisse et doive même intervenir pour réglementer le travail des enfants et des femmes, les individualistes les plus convaincus le reconnaissent. Mais d'après eux, en réglementant le travail des adultes, l'Etat excède certainement ses pouvoirs. Chacun, disent-ils, doit être libre de travailler à sa guise, le nombre d'heures qu'il lui plaît et pour le salaire qu'il accepte. On ajoute que l'Etat, en intervenant pour réglementer le contrat de travail, fausse le jeu des lois économiques au détriment même de ceux qu'il veut protéger.

Cf. Molinari, *Les lois économiques;* Faguet, *Le libéralisme;* Herbert Spencer, *L'individu et l'Etat.*

Au point de vue individualiste pur, il est bien difficile en effet de justifier l'intervention de l'Etat réglant les clauses du contrat entre employeur et employé. Cependant les néo-individualistes, avec M. Henry Michel (*De l'idée de l'Etat*, 1896), estiment (cf. § 93) qu'en vertu du principe individualiste même l'Etat a certaines obligations positives et que par conséquent il a non seulement le pouvoir, mais encore le devoir d'empêcher l'exploitation de l'homme par l'homme et d'intervenir lorsque entre les contractants les situations sont inégales, comme entre ouvriers et patrons.

Il nous est indifférent de savoir si l'intervention de l'Etat dans le contrat de travail cadre ou non avec la doctrine individualiste. Mais il nous paraît incontestable que l'Etat *peut*, sans violer le droit supérieur qui s'impose à lui, et même *doit*, en vertu de ce droit même fondé sur la solidarité sociale (cf. §§ 5-7), réglementer le contrat de travail et empêcher par des dispositions appropriées que l'employé ne soit écrasé par l'em-

ployeur, en un mot assurer l'égalité de situation entre employeurs et employés, assurer le libre développement de l'activité de chacun et déclarer nulle toute clause du contrat de travail que l'employé n'aurait certainement pas acceptée s'il avait pu discuter librement les clauses du contrat, et s'il n'avait pas été obligé de les accepter sous la pression des besoins matériels. L'argument qui consiste à dire que chacun doit être libre de travailler comme il l'entend et que le législateur n'a pas le droit de restreindre cette liberté est sans valeur, car, la liberté du travail étant la conséquence de l'obligation sociale du travail, nul n'a le droit de travailler au delà de ses forces (cf. § 7).

D'ailleurs, comme l'a très bien dit M. Charles Benoist, la question ne se pose plus ; « c'est une autre question qui se pose : comment le travail, comment le nombre, comment le peuple devenu l'Etat, résoudra-t-il l'antinomie entre sa misère et sa souveraineté ? Comment ne serait-il pas emporté de toute sa puissance à la résoudre par la législation... ? Quoi qu'il en soit, il n'y a pas à justifier aujourd'hui par des raisons politiques l'action législative de l'Etat moderne en matière d'organisation du travail ; étant ce qu'il est, il ne peut plus ne pas agir... A dire le vrai, c'est une question de mesure et ce n'est qu'une question de mesure » (*Rapport* précité sur le code du travail, *J. off., documents parlem.*, chambre, session ordin., 1905, p. 207 et 208).

Il faut ajouter que, parallèlement à l'action du législateur, une transformation profonde est en train de s'accomplir dans le contrat de travail. Suivant la terminologie à peu près généralement adoptée, il tend à cesser d'être un contrat *individuel* pour devenir un contrat *collectif*. Cela veut dire que le contrat de travail cesse d'être une convention intervenue entre des individualités réglant d'un commun accord et pour elles des obligations et des droits réciproques et devient un accord entre deux groupes sociaux établissant d'avance sous le contrôle de l'Etat les règles qui seront applicables à tous ceux qui, dans une industrie déterminée, seront employeurs ou employés. En réalité, le contrat du travail proprement dit tend à disparaître ; la situation du patron et de l'ouvrier cesse d'être une situation contractuelle et subjective pour devenir une situation réglementaire et objective. Cette expression de contrat collectif, mise à la mode depuis quelque temps, est tout à fait inexacte ; elle désigne un phénomène juridique qui est l'opposé même du contrat.

Cons. Larouzé, *De la représentation des intérêts collectifs*, 1905 ; Truchy, *Revue d'économie politique*, 1905, p. 858 ; E. Bourdon, *Des contrats d'utilité générale passés au profit d'une collec-*

tivité (contrats syndicaux et municipaux), 1905; Lewandowski, *Revue polit. et parl.*, 10 juillet 1906, p. 111; les travaux et discussions de la Société d'études législatives, *Bulletin*, 1905, p. 73 et suiv., 94 et suiv., 153 et suiv., 209 et 243 et suiv.; 1906, p. 358. — La déclaration ministérielle du 12 juin 1906 annonçait le dépôt d'un projet de loi « définissant les caractères du contrat collectif de travail ». Ce projet a été déposé à la chambre des députés par M. Doumergue, le 2 juillet 1906. Dans l'exposé des motifs, on lit notamment : « La convention collective de travail ne constitue pas un contrat de travail, mais détermine les conditions générales auxquelles devront satisfaire les contrats de travail individuels passés entre employeurs et employés parties à la convention » (*Le Temps*, 4 juillet 1906). La formule est tout à fait exacte.

82. La liberté d'opinion. — Les auteurs qui ont écrit que la doctrine individualiste et libérale de la Déclaration des droits de 1789 (cf. *supra*, § 71) avait sa source dans le *Contrat social* de J.-J. Rousseau, n'avaient certainement pas lu le passage suivant : « Il y a une profession de foi purement civile dont il appartient au souverain de fixer les articles, non pas précisément comme dogmes de religion, mais comme sentiments de sociabilité, sans lesquels il est impossible d'être bon citoyen ni sujet fidèle. Sans pouvoir obliger personne à les croire, il peut bannir de l'Etat quiconque ne les croit pas; il peut le bannir non pas comme impie, mais comme insociable, comme incapable d'aimer sincèrement les lois, la justice, d'immoler au besoin sa vie à son devoir. Que si quelqu'un, après avoir reconnu publiquement ces mêmes dogmes, se conduit comme ne les croyant pas, qu'il soit puni de mort; il a commis le plus grand des crimes; il a menti devant les lois » (Liv. IV, chap. VIII). C'est l'affirmation que l'Etat peut imposer une certaine doctrine à l'acceptation des citoyens sous peine de bannissement ou de mort; c'est l'idéal du jacobinisme; c'est l'antipode même du principe de la liberté d'opinion, formulée dans la Déclaration des droits de 1789 en termes parfaits : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par

la loi » (art. 10). Bien qu'aucun gouvernement n'ait porté à la liberté d'opinion des atteintes plus graves que la Convention, elle en affirme le principe en des termes énergiques. « Le droit de manifester sa pensée et ses opinions... ne peut être interdit. La nécessité d'énoncer ces droits suppose ou la présence ou le souvenir récent du despotisme » (Décl. 1793, art. 7. — Rapp. Cons. an III, art. 353).

En affirmant la liberté d'opinion, on n'entend pas d'ailleurs affirmer seulement le droit intangible qu'a chacun de penser et de croire intérieurement ce qu'il veut, mais encore le droit d'exprimer extérieurement et publiquement par la parole ou par l'écrit ce qu'il pense ou ce qu'il croit. Le législateur ne peut établir un *credo* laïque, comme le voulait Rousseau, et subordonner la possibilité de manifester une opinion à la conformité de cette opinion à ce *credo*. La pensée doit être indépendante de toute règle établie par l'Etat; chacun peut penser et croire ce qu'il veut; la liberté de croire doit être aussi complète que la liberté de ne pas croire; et chacun doit pouvoir exprimer librement, sans autorisation préalable, tout ce qu'il pense, tout ce qu'il croit. Cette liberté n'a qu'une limite, toujours la même : le respect de la liberté d'autrui. La manifestation des opinions doit être réprimée « si elle trouble l'ordre public établi par la loi » (Déc. 1789, art. 10). Troublant l'ordre public établi par la loi, elle porte atteinte par là même à la liberté et à la sécurité de tous.

Quoique la chose paraisse invraisemblable, le législateur à certaines époques n'a pas hésité à pénétrer dans le domaine intangible de la conscience intime, et à sévir non pas seulement contre les manifestations d'opinions, contraires à l'ordre public, mais même contre les opinions politiques, philosophiques ou religieuses attribuées par suspicion à telle ou telle personne. Les lois des *suspects* de la période révolutionnaire procèdent de cette idée. C'est le passage précité du *Contrat social* qui inspire directement la loi du 17 septembre 1793, décidant qu'immédiatement « tous les gens suspects qui se trouvent sur le territoire de la république et qui sont encore en liberté seront mis en état d'arrestation », que « sont

réputés gens suspects : 1° ceux qui, soit par leur conduite, soit par leurs relations, soit par leurs propos ou écrits, se sont montrés partisans de la tyrannie ou du fédéralisme et ennemis de la liberté..... »

La liberté d'opinion, conséquence immédiate de l'autonomie de la personne humaine, implique le droit d'exprimer librement et sans autorisation, dans la mesure où cette manifestation ne porte pas atteinte à l'ordre public établi par la loi et à la liberté des autres, des opinions politiques, philosophiques, scientifiques ou religieuses, soit par la parole, soit par l'écrit. Par suite, elle comprend la liberté de réunion, la liberté de l'enseignement, la liberté de la presse et la liberté de pétition. Quoique conséquences rationnelles de la liberté d'opinion affirmée en 1789, quoique consacrées expressément par la Déclaration de 1789 et la constitution de 1791, ce n'est cependant qu'à la suite de longs efforts que ces quatre libertés ont été organisées par la loi positive, et l'une d'elles, la liberté de l'enseignement, a rencontré naguère encore des adversaires bruyants. Quoi qu'il en soit, actuellement nos lois françaises reconnaissent et garantissent la liberté d'opinion dans ses diverses manifestations. Cf. §§ 83-87.

Il est cependant un mode de manifestation publique de la pensée, qui, par une anomalie étrange, est encore soumis au régime de police : c'est le théâtre. Une œuvre dramatique de quelque ordre qu'elle soit est un produit de la pensée ; elle est destinée non pas seulement à être imprimée, mais surtout à être représentée devant un public. Or il se trouve que l'impression d'une pièce de théâtre est absolument libre, que la réunion d'un public pour entendre une conférence ou une discussion contradictoire est aussi absolument libre, qu'au contraire la réunion d'un public pour entendre la représentation d'une œuvre théâtrale n'est point libre, mais soumise à l'autorisation préalable de l'administration, et que celle-ci peut même, après avoir autorisé la représentation, retirer discrétionnairement l'autorisation et interdire la continuation des représentations. Ce régime de police a été très critiqué ; on a bien souvent demandé sa suppression et l'application d'un régime simplement répressif ; il est appliqué en fait avec modération ; en droit il existe toujours.

La loi du 19 janvier 1791, conforme aux principes de la Déclaration des droits, portait que « tout citoyen peut élever un théâtre

public et y faire représenter des pièces de tous les genres en faisant la déclaration à la municipalité..., que les entrepreneurs ou les membres des différents théâtres seront, à raison de leur état, sous l'inspection des municipalités... *qui ne pourront arrêter ni défendre les représentations d'une pièce, sauf la responsabilité des auteurs et des comédiens...* ». Par un décret du 2 août 1793, la Convention ordonne la représentation périodique sur les théâtres de Paris de pièces républicaines et décide que « tout théâtre sur lequel seraient représentées des pièces tendant à dépraver l'esprit public et à réveiller la honteuse superstition de la royauté sera fermé et les directeurs arrêtés et punis selon la rigueur des lois ». Rap. L. 14 août 1793. Invoquant ce précédent le Directoire, par un arrêté du 25 pluviôse an IV, soumet les théâtres à un régime rigoureux de police.

Le 8 juin 1806 était porté par Napoléon Ier le décret concernant les théâtres, qui régla jusqu'en 1864 le régime de police auquel ils étaient soumis. Aucun théâtre ne peut s'établir à Paris sans l'autorisation du gouvernement; les répertoires de l'Opéra, de la Comédie française et de l'Opéra comique sont arrêtés par le ministre de l'intérieur, et nul autre théâtre ne peut représenter à Paris des pièces comprises dans le répertoire de ces théâtres sans leur autorisation. Le ministre de l'intérieur peut assigner à chaque théâtre un genre de spectacle dans lequel il sera tenu de se renfermer. Dans les grandes villes, les théâtres sont réduits au nombre de deux ; dans les autres villes, il ne peut en exister qu'un. Tous doivent être munis de l'autorisation du préfet. Toutes les pièces de théâtre sont soumises à la censure préalable de l'autorité administrative (art. 14). La censure théâtrale subsiste telle quelle sous la Restauration. En 1830 elle est supprimée au moins théoriquement par l'art. 7, § 2 de la Charte de 1830; mais le décret du 8 juin 1806 subsiste dans toute sa teneur, et à la faveur de ses dispositions, le gouvernement n'hésite pas à interdire certaines pièces, notamment le *Roi s'amuse* de Victor Hugo, au lendemain de la première représentation. La loi du 9 septembre 1835 vient donner la consécration législative au régime de police auquel étaient soumis les théâtres. Repoussant un amendement de Félix Pyat, l'Assemblée de 1848 vote le texte proposé par sa commission qui n'interdit la censure qu'en matière de presse (Const. 1848, art. 8, § 3). La loi du 30 juillet 1850 consacre à nouveau le régime de police auquel sont soumises les pièces dramatiques : « Jusqu'à ce qu'une loi générale ait définitivement statué sur la police des théâtres, aucun ouvrage dramatique ne pourra être représenté sans l'autorisation préalable du ministre de l'intérieur à Paris, et du préfet dans les départements. Cette autorisation pourra toujours être retirée pour des motifs d'ordre public » (art. 1). Cette loi n'était faite que pour un an. La loi du 30 juillet 1851 prorogea ce délai jusqu'au 31 décembre 1852. Le décret du 30 décembre 1852 maintint définitivement la disposition de la loi du 30 juillet 1850. Le décret impérial du 8 juin 1806 était d'ailleurs resté intact.

Le décret du 6 janvier 1864 établit la liberté des exploitations théâtrales, mais maintint la censure préalable des pièces et le droit de l'autorité administrative d'interdire discrétionnairement toute représentation. « Toute œuvre dramatique devant être représentée devra être examinée et autorisée par le ministre des beaux-arts pour les théâtres de Paris, par les préfets pour les théâtres des départements. Cette autorisation pourra toujours être retirée pour des motifs d'ordre public » (D. 6 janvier 1864, art. 3).

Cette disposition n'a jamais été abrogée et par conséquent est toujours en vigueur. Ainsi depuis 35 ans de république. une des plus importantes manifestations de la pensée est soumise à un régime de police établi par un gouvernement impérial. Sans doute un décret du Gouvernement de la Défense nationale du 31 septembre 1870 supprima la commission d'examen des ouvrages dramatiques; on supprimait ainsi l'organe par lequel s'exerçait le droit de censure préalable appartenant à l'autorité administrative. Mais l'art. 3 du décret du 6 janvier 1864 n'était point abrogé. Un décret du 2 février 1874 rétablit la commission d'examen. La suppression de la commission d'examen et la liberté des représentations dramatiques ont été depuis souvent et bruyamment demandées. En 1898 une commission de la chambre des députés a ouvert une enquête sur la suppression de la commission d'examen. Le congrès tenu à Bordeaux en 1905 contre la pornographie a demandé lui-même la suppression de l'examen préalable des œuvres dramatiques. Au budget de 1906 a été supprimé le crédit affecté à la rétribution de la commission d'examen des ouvrages dramatiques. Cf. déclaration de M. Dujardin-Beaumetz, sous-secrétaire d'Etat aux beaux-arts, chambre, 2e séance du 15 février 1906.

L'art. 3 du décret du 6 janvier 1864 n'est point abrogé. Tant que ce texte subsistera, l'autorité administrative conservera son droit d'interdire d'avance, discrétionnairement, la représentation publique d'une pièce, et de retirer aussi discrétionnairement l'autorisation donnée tacitement ou expressément, et la manifestation de la pensée en la forme théâtrale restera soumise au régime de police préventive et discrétionnaire, ce qui est la violation flagrante de la liberté de la pensée. Cette liberté ne sera vraiment respectée que du jour où toute pièce pourra être jouée sans aucune interdiction possible de la part de l'autorité administrative, et sauf la responsabilité judiciaire pénale et civile de l'auteur, du directeur et des comédiens.

83. La liberté de réunion. — La liberté d'opi-

nion implique la liberté de manifester sa pensée par la parole et par conséquent la liberté de provoquer des réunions d'hommes où cette pensée sera exposée publiquement. La liberté d'opinion implique le droit de réunion. Il n'est pas inutile de prévenir tout de suite la confusion qui a été parfois faite, par le législateur lui-même, entre la réunion et l'association. La réunion est le fait de plusieurs personnes qui s'assemblent momentanément en un même lieu pour entendre l'exposé des opinions de l'une d'elles avec ou sans débats contradictoires. La réunion est momentanée et n'a d'autre but que l'exposé d'une opinion ou d'un récit. L'association est, d'après la définition même qu'en a donnée la loi du 1er juillet 1901, « la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices » (art. 1er; cf. § 90). L'association implique un rapport de droit entre tous les associés, un but poursuivi en commun et un certain caractère de permanence, toutes choses qui n'existent pas dans la réunion. A certaines époques et particulièrement pendant la Révolution se sont formés des groupements qui étaient une combinaison de l'association et de la réunion : les *clubs*. En droit, ce sont des associations formées à l'effet de provoquer et de tenir périodiquement des réunions politiques. Dans le club, le caractère de réunion étant dominant, nous en parlerons ici.

Le législateur, d'après les principes mêmes de la Déclaration des droits, ne peut faire aucune loi qui empêche les citoyens de se réunir pour entendre l'exposé d'une opinion, d'un récit ou pour discuter des questions d'un ordre quelconque. Non seulement le législateur ne peut faire aucune loi empêchant un citoyen de recevoir chez lui, sur invitation nominative un nombre quelconque de personnes ; cela est le droit de réunion privée et la conséquence même de la liberté individuelle et de l'inviolabilité du domicile. Mais

encore le législateur ne peut faire aucune loi prohibant ou restreignant le droit qui doit appartenir à quiconque d'appeler le public à des réunions ouvertes à tous gratuitement ou moyennant finance. Le législateur peut seulement établir des mesures pour que ces réunions ne portent pas atteinte à la liberté des autres, à la tranquillité et à la sécurité publiques. Par exemple il peut exiger une déclaration préalable ; mais il ne peut point subordonner la réunion publique à une autorisation préalable. Il peut, il doit même interdire les réunions sur la voie publique parce qu'elles entraveraient la circulation publique et qu'il peut et doit limiter la liberté de chacun pour protéger la liberté de tous. Enfin il peut organiser la constatation et la répression des délits pouvant être commis dans les réunions publiques. S'il va au delà, il excède ses pouvoirs ; il porte atteinte à la liberté de réunion. La loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion actuellement en vigueur s'est conformée à ces principes. Elle a été le produit d'un long effort.

L'art. 11 de la Déclaration des droits de 1789 consacre implicitement, mais d'une manière certaine le principe de la liberté de réunion. « La libre communation des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler... *librement*, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». C'est toujours le principe essentiel et profondément juste de la liberté limitée par la responsabilité de chacun envers tous. Conformément à ce principe, il était dit dans la constitution de 1791 : « La constitution garantit, comme droits naturels et civils..., la liberté aux citoyens de s'assembler paisiblement et sans armes, en satisfaisant aux lois de police... » (tit. I, § 2). Rapp. Déclar. des droits, 1793, art. 7 ; Const. 1793, art. 122 ; Const. 1848, art. 8.

En fait, pendant toute la Révolution, les réunions politiques eurent lieu librement, bien qu'il n'y eût pas, à vrai dire, de loi sur la liberté de réunion. Elles étaient provoquées par les clubs, qui furent reconnus officiellement par une déclaration de l'Assemblée des 13-19 novembre 1790. La loi des 19-22 juillet 1791 obligea les fondateurs de clubs à faire préalablement, au greffe de leur municipalité, la déclaration des lieu et jour de leurs réunions. Une série de dispositions se succèdent jusqu'à la loi du 6 fructidor an III, notamment L. L. 29 septembre 1791, 25 juillet 1793, 9 brumaire an II qui

interdit les clubs de femmes, 25 vendémiaire an III qui interdit les affiliations et les agrégations entre les différentes sociétés. La Convention, dont les différents partis se sont longtemps appuyés sur les clubs, finit par les trouver gênants, d'où les art. 361 et 362 de la constitution de l'an III et la loi du 3 fructidor an III, rendue sur le rapport des comités de salut public, de sûreté générale et de législation, qui porte : « Toute assemblée connue sous le nom de *club* ou de *société populaire* est dissoute ; en conséquence, les salles où les dites assemblées tiennent leurs séances seront fermées sur-le-champ... »

Les constitutions de l'an III et de l'an VIII, les Chartes de 1814 et de 1830 ne contiennent aucune disposition relative au droit de réunion. Le code pénal, ayant en vue particulièrement les clubs et les réunions qu'ils avaient pour but de provoquer, décide « qu'aucune association de plus de vingt personnes, dont le but sera de se réunir tous les jours ou à certains jours marqués pour s'occuper d'objets religieux, politiques, littéraires ou autres, ne pourra se former qu'avec l'autorisation du gouvernement et sous les conditions qu'il plaira à l'autorité publique d'imposer à la société » (art. 291). Dans la pensée des auteurs du code, ce texte visait à la fois les associations et les réunions. Ce n'est que sous le Gouvernement de juillet que la distinction fut faite nettement. Au moment du vote de la loi du 10 avril 1834, qui venait aggraver les dispositions des art. 291 et 292 du code pénal, le président Dupin, résumant la discussion, déclara expressément que la loi s'appliquait aux *associations*, mais point aux *réunions* (Sirey, *Lois annotées*, 1830-48, p. 229). D'après M. de Serrigny, qui écrit à l'époque, les art. 291 et 292 du code pénal et la loi du 10 avril 1834 ne s'appliquaient qu'aux associations et non point aux réunions. Invoquant le § 3 du titre I de la const. de 1791, il déclare « qu'il n'existe point de loi qui incrimine d'une manière préventive la faculté de se réunir ». Mais M. de Serrigny estimait qu'en vertu des pouvoirs généraux de police à elle conférés par la loi du 22 décembre 1789 (tit. III, art. 2), la loi des 16-24 août 1790 (tit. XI, art. 3), l'autorité administrative pouvait prendre à l'égard des réunions toutes les mesures de police que lui paraissait commander la tranquillité publique, même prendre des mesures préventives, « c'est-à-dire défendre les réunions publiques présumées dangereuses ou les subordonner à une permission préalable » (Serrigny, *Traité du droit public des Français*, 1846, p. 489-490). Dans ces conditions, le droit de réunion existait peut-être théoriquement ; en fait, il était laissé à l'appréciation arbitraire du gouvernement. C'est en invoquant ses pouvoirs généraux de police que le gouvernement interdit en février 1848 le banquet du 12e arrondissement, ce qui fut la cause occasionnelle de la révolution de 1848.

La république issue de cette révolution se devait à elle-même de reconnaître, de garantir et de réglementer le droit de réunion,

qui, proclamé en 1791, n'avait pas encore été assuré aux citoyens d'une manière stable et normale. Les circonstances ne le permirent pas. Dans sa proclamation du 19 avril 1848, le Gouvernement provisoire disait : « La république vit de liberté et de discussion. Les clubs sont pour la république un besoin, pour les citoyens un droit ». Mais l'insurrection de juin provoqua de la part de l'Assemblée nationale un ensemble de mesures prohibitives, et notamment la loi du 28 juillet 1848 qui permet les réunions, mais interdit les sociétés secrètes. Cependant la constitution de 1848 reconnaît aux citoyens « le droit... de s'assembler paisiblement et sans armes... » (art. 8). Malgré cette solennelle déclaration, la loi du 19 juin 1849 autorise le gouvernement, pendant l'année qui suit sa promulgation, à interdire les clubs et autres réunions publiques qui seraient de nature à compromettre la sécurité publique. Les dispositions de cette loi sont prorogées jusqu'au 22 juin 1851 par la loi du 6 juin 1850, qui autorise aussi le gouvernement à interdire les réunions électorales qui seraient de nature à compromettre la sécurité publique. L'application de ces deux lois est prorogée jusqu'au 22 juin 1852 par la loi du 21 juin 1851.

Après le coup d'Etat, le décret du 25 mars 1852 déclare abrogée la loi du 28 juillet 1848, à l'exception de l'art. 13 qui prohibait les sociétés secrètes. Le même décret décide que les art. 291, 292 et 294 du code pénal et les art. 1-3 de la loi du 10 avril 1834 seront applicables aux réunions publiques de quelque nature qu'elles soient. C'était assimiler les réunions aux associations et supprimer la liberté de réunion comme était interdite la liberté d'association.

Quand dans la seconde moitié du règne de Napoléon III, le gouvernement, sous la pression de l'opinion publique, entra dans la voie des réformes libérales, la loi du 6 juin 1868 fit une certaine part à la liberté de réunion. L'art. 1 supprime en principe, pour les réunions publiques, le régime de police : « Les réunions publiques peuvent avoir lieu *sans autorisation préalable* sous les conditions prescrites aux articles suivants... » Ces conditions étaient une déclaration préalable faite au préfet ou au sous-préfet et signée par sept personnes, la réunion ne pouvant avoir lieu que trois jours francs après. Un fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire pouvait toujours assister à la réunion et la dissoudre si le bureau laissait discuter une question étrangère à l'objet de la réunion ou si la réunion devenait tumultueuse. Mais le § 2 de l'art. 1 contenait une grave restriction à la liberté de réunion : « Les réunions publiques, y était-il dit, ayant pour objet de traiter des matières politiques ou religieuses, continuent à être soumises à cette autorisation (de l'autorité administrative) ». Il faut ajouter que, pendant la période électorale, des réunions électorales, et par conséquent politiques, pouvaient avoir lieu sans autorisation, et cela à partir du décret de convocation des électeurs jusqu'au cin-

quième jour avant le scrutin; une simple déclaration suffit, et la réunion peut avoir lieu dans le délai d'un jour à partir de la déclaration; mais peuvent seuls assister à ces réunions les candidats et les électeurs de la circonscription. Enfin l'art. 13 maintenait un pouvoir discrétionnaire à l'autorité administrative. « Le préfet de police à Paris, les préfets dans les départements peuvent ajourner toute réunion qui leur paraît de nature à troubler l'ordre ou à compromettre la sécurité publique. L'interdiction de la réunion ne peut être prononcée que par décision du ministre de l'intérieur ». Les dispositions antérieures sur les clubs restaient en vigueur (art. 14).

Cette loi était un progrès sur la législation antérieure; mais il est évident qu'elle n'organisait pas véritablement la liberté de réunion, puisque par l'art. 13 elle la mettait à la discrétion de l'autorité administrative. Elle resta cependant en vigueur jusqu'à la loi du 30 juin 1881, la première loi qui ait véritablement organisé le droit de réunion et qui règle encore aujourd'hui la matière. Il est dit à l'art. 1er : « Les réunions publiques sont libres. Elles peuvent avoir lieu sans autorisation préalable ». *A fortiori* elles ne peuvent pas être interdites d'avance par une décision administrative. Voilà le principe. Mais cependant les réunions publiques sont soumises à une certaine réglementation, qui constitue des garanties aussi bien pour les citoyens que pour le gouvernement. Les réunions ne peuvent avoir lieu sur la voie publique; elles ne peuvent se prolonger au delà de l'heure fixée pour la fermeture des établissements publics. Toute réunion publique doit être précédée d'une déclaration indiquant le lieu, le jour et l'heure de la réunion, déclaration faite à Paris au préfet de police, dans les chefs-lieux de département au préfet, dans les chefs-lieux d'arrondissement au sous-préfet et dans les autres communes au maire; la déclaration doit être signée de deux personnes dont l'une au moins domiciliée dans la commune. Des dispositions encore plus larges sont édictées pour les réunions électorales; la réunion peut avoir lieu deux heures après la déclaration (art. 3 et 5). A toute réunion peut être délégué un magistrat de l'ordre judiciaire ou administratif, en général le maire ou un commissaire de police; il y choisit sa place; il peut dissoudre la réunion; mais la loi, voulant éviter une dissolution arbitraire, décide (art. 9) qu'il ne peut dissoudre la réunion que s'il en est requis par le bureau, ou s'il se produit des collisions ou des voies de fait. L'art. 7, voté après une très longue et très vive discussion, portait : « Les clubs demeurent interdits ». Cf. les lois précitées 28 juillet 1848, 19 juin 1849, 6 juin 1850, 21 juin 1851 et 25 mars 1852. La disposition de l'art. 7 a été abrogée par l'art. 21 de la loi du 1er juillet 1901 sur les associations.

84. La liberté d'enseignement. — La question de la liberté d'enseignement, qui est encore très vivement discutée, se présente dans des conditions parti-

culièrement complexes. Il importe tout d'abord d'en distinguer certaines questions voisines, mais cependant bien distinctes. L'Etat doit-il intervenir lui-même pour donner l'enseignement ou doit-il laisser ce soin uniquement à l'initiative des particuliers, individus ou associations, sauf à exercer un droit de contrôle et de surveillance sur cet enseignement privé? L'Etat doit-il assurer à tous les moyens d'acquérir gratuitement un minimum d'instruction? Ou suivant la formule habituelle, l'Etat doit-il organiser un enseignement primaire gratuit? On sait qu'en France, l'Etat donne l'enseignement à tous les degrés, et que depuis la loi du 16 juin 1881 l'enseignement primaire public est entièrement gratuit. Cf. § 93.

Une autre question a été pendant longtemps très vivement discutée : l'Etat a-t-il le droit d'imposer à tous un minimum d'enseignement? L'Etat peut-il, sans violer le principe de la liberté individuelle, déclarer l'enseignement primaire obligatoire pour tous? Le principe de l'enseignement primaire obligatoire pour tous les enfants âgés de six ans révolus jusqu'à l'âge de treize ans révolus, a été formulé et organisé par les lois du 28 mars 1882 (spécialement l'art. 4) et du 30 octobre 1886 qui établissaient en même temps, comme conséquence logique, la laïcité de l'enseignement primaire public.

De tout temps des individualistes fervents ont repoussé l'obligation de l'enseignement comme contraire à la liberté, et particulièrement à la liberté du père de famille. On n'avait point voulu l'inscrire dans la grande loi du 28 juin 1833 consacrant pour la première fois la liberté de l'enseignement primaire. Au moment de la discussion de la loi de 1882, les objections furent très timides. Cependant le principe de l'obligation fut attaqué à la chambre, comme contraire à la liberté, par M. de la Bassetière et Mgr. Freppel (séances des 4 et 14 décembre 1880). Le principe de l'obligation fut voté à une très grande majorité. Le gouvernement pouvait dire dans son exposé des motifs : « Nous craindrions de commettre un anachronisme en nous arrêtant aux sophismes surannés qu'on opposait autrefois au principe de l'obligation... » Et M. Paul Bert, rapporteur à la chambre, terminait très justement son discours en disant : « Si quelqu'un vient vous dire que ce sont

là rêveries révolutionnaires, que ce sont là menaces à la liberté, menaces à la religion, vous répondrez que ces dispositions sont depuis longtemps inscrites aux codes des nations à la fois les plus conservatrices, les plus libres et les plus religieuses » (séance du 4 décembre 1880).

A notre sens, il n'est point contradictoire avec les principes individualistes que l'Etat impose à tous un minimum d'instruction. L'Etat ne peut faire aucune loi de nature à entraver le libre développement physique, intellectuel et moral de l'individu. Or il est évident que l'Etat ne viole pas ce principe en imposant à tous ce minimum d'instruction, puisque cette instruction est la condition même du développement de l'activité individuelle. D'autre part on verra plus loin que si le père de famille a le droit de choisir les maîtres qu'il donne à son enfant, c'est parce qu'il a le devoir de lui assurer l'instruction. Par conséquent, en établissant l'enseignement obligatoire, l'Etat ne fait que donner une sanction positive à une obligation que le droit impose au père de famille. La seule question qui puisse se poser sérieusement est celle de savoir si l'Etat est obligé juridiquement de faire une loi établissant l'obligation de l'enseignement, question qui rentre dans celle plus générale de savoir si l'Etat a vis-à-vis de ses sujets des obligations positives et quelles sont ces obligations (cf. § 93). L'Etat peut donc incontestablement établir l'enseignement obligatoire. Il n'excèderait ses pouvoirs que s'il imposait à tous certains maîtres choisis par lui, et cela nous amène à la question proprement dite de la liberté de l'enseignement.

La question elle-même de la liberté d'enseignement est complexe. Elle comprend au moins deux questions, qui, sans doute, sont corrélatives, mais qu'il faut cependant distinguer. Il y a la question du droit d'enseigner et la question du droit d'apprendre. La question du droit d'enseigner : tout individu a-t-il, en sa qualité d'individu, le droit d'enseigner aux autres, et publiquement, gratuitement ou non, ce qu'il sait ou

croit savoir lui-même? L'Etat est-il obligé de ne faire aucune loi qui apporte des restrictions à ce droit des individus? La question du droit d'apprendre n'est point celle de savoir si tout individu a le droit d'apprendre ce qu'il veut ; il est incontestable que ce droit existe. La question est de savoir si tout individu a le droit de choisir librement les maîtres qu'il lui plaît de choisir sans que le législateur puisse apporter aucune restriction à cet égard. La solution affirmative ne pourrait point faire de doute, si elle ne se posait que pour des individus adultes, qui conscients et libres de leurs actes peuvent certainement apprendre ce qu'ils veulent des maîtres de leur choix. Mais la question présente en fait des difficultés particulières, parce que celui qui veut apprendre est le plus souvent l'enfant, qui est dans l'impossibilité matérielle et morale de choisir lui-même ses maîtres. L'enfant est dans la famille ; la puissance paternelle, quoique bien réduite, existe encore, et existera tant que la famille subsistera et qu'on reconnaîtra au père l'obligation de nourrir et d'élever ses enfants. La vraie question est donc celle-ci : le père de famille a-t-il le droit de confier l'instruction de ses enfants aux maîtres qu'il lui plaît de choisir? L'Etat peut-il faire des lois qui viennent limiter cette liberté de choix ?

Telles sont les deux questions assurément distinctes, mais étroitement dépendantes l'une de l'autre. Si l'on disait : tout individu a le droit d'enseigner, mais l'enfant ou ses parents ne peuvent choisir les maîtres qu'il leur plaît de choisir, on formulerait une règle qui n'aurait pas d'application, on énoncerait un droit illusoire. C'est donc justement qu'on les réunit dans la question complexe de la liberté de l'enseignement.

Dans tous les pays et particulièrement en France, cette question s'est trouvée compliquée encore de ce fait qu'elle a été intimement mêlée à des questions confessionnelles. Le plus souvent, en effet, c'est pour des groupes confessionnels, congrégations ou autres

qu'on a revendiqué la liberté d'enseignement. Et de fait par la force des choses on a apporté à la discussion du problème de l'enseignement la passion inséparable de toute lutte religieuse. Il va sans dire que ces passions ne trouveront point de place ici.

La liberté d'enseignement, qu'on la considère au point de vue du droit d'enseigner ou au point de vue du droit d'apprendre, n'est en réalité que la liberté d'opinion, la liberté de croyance, la liberté de communiquer librement aux autres ce que l'on sait, ce que l'on pense et ce que l'on croit. Cela nous paraît évident pour la liberté d'enseigner. Cela ne l'est pas moins, nous semble-t-il, pour la liberté d'apprendre. Je veux apprendre; je peux donc choisir les maîtres qui me plaisent, ceux qui me paraissent les plus instruits, ceux qui ont des opinions et des croyances qui cadrent le mieux avec les miennes. Ce droit de choisir est au-dessus de toute discussion possible pour l'adulte.

Mais, dit-on, l'enfant ne peut pas faire ce choix, et l'on ne prouve point que le père de famille ait le droit de choisir pour lui; dès lors, c'est logiquement l'Etat qui a le droit de choisir pour l'enfant ou plutôt d'obliger les enfants à demander l'enseignement aux seuls maîtres qu'il institue. L'enfant deviendra citoyen; il est d'un intérêt majeur pour l'Etat qu'il soit bon citoyen; il ne sera bon citoyen qu'à la condition de recevoir un bon enseignement. L'enfant ne pouvant pas choisir ses maîtres, c'est à l'Etat de les désigner. Donc, si l'enseignement des adultes doit être libre, l'enseignement des enfants ne doit pas l'être.

C'est à cette proposition que se ramènent toutes les objections qui, à toute époque et encore ces temps-ci, ont été faites contre la liberté d'enseignement ou du moins contre la liberté du père de choisir les maîtres auxquels il confie l'enseignement de ses enfants. Cf. E. Bourgeois, *La liberté d'enseignement*, 1904, p. 163 et suiv.; Thézard, *Rapport* au sénat, *J. off.*, *doc. parl*, sénat, sess. ord., 1903, p. 435; Lintilhac, *Discours* au sénat, séance 6 novembre 1903.

L'objection est sans force et le droit du père nous paraît incontestable. Les adversaires de la liberté de

l'enseignement reconnaissent au père de famille le droit d'instruire lui-même ses enfants; ils doivent alors logiquement lui reconnaître le droit de choisir librement les maîtres auxquels il les confie. D'un autre côté, personne ne conteste l'obligation s'imposant au père de famille de nourrir, d'élever et d'instruire ses enfants. De cette obligation dérive nécessairement pour lui le droit de diriger l'instruction de ses enfants et par conséquent de les confier aux maîtres qui lui conviennent. C'est là le véritable fondement du droit du père de famille. Il dérive essentiellement des obligations qui s'imposent à lui. Tant que le lien familial sera reconnu, cette obligation existera, et elle aura pour corollaire le droit du chef de famille. Assurément on pourrait concevoir une autre organisation sociale où le lien familial ne serait reconnu ni par les mœurs ni par les lois. On dit qu'il en était ainsi à Sparte. Nous doutons fort qu'une pareille forme sociale reparaisse dans un pays civilisé. Mais enfin si un jour tout lien social disparaissait entre l'enfant et ses parents, si l'obligation de nourrir, d'élever, d'instruire les enfants incombait à la collectivité seule, celle-ci aurait alors certainement le droit de choisir les maîtres de l'enfant. Nous n'en sommes point là. Il faut ajouter que si le droit du père n'existait pas, l'Etat aurait le droit d'imposer aux enfants certains maîtres et par conséquent d'enlever à certains individus le droit d'enseigner. Or, le droit d'enseigner proprement dit doit certainement échapper aux atteintes de l'Etat. Les deux libertés, la liberté d'apprendre et la liberté d'enseigner, sont solidaires l'une de l'autre; porter atteinte à l'une d'elles, c'est sacrifier l'autre.

Si la liberté d'enseignement doit être certainement reconnue avec toutes ses conséquences, il n'est pas douteux que, comme toutes les libertés, elle doit être réglementée par l'Etat, qui peut et doit y apporter certaines restrictions, lesquelles auront d'ailleurs les mêmes fondements et les mêmes limites que celles

apportées aux autres libertés : l'Etat peut et doit restreindre la liberté d'enseignement dans la mesure où cela est nécessaire pour protéger les droits individuels de tous. Mais la formule ne laisse pas de soulever ici quelques difficultés d'application. Il est incontestable que l'Etat a le droit de prendre des mesures pour que toute maison d'enseignement présente des conditions sérieuses de salubrité, et aussi d'exiger de tous ceux qui veulent diriger une école ou enseigner de sérieuses garanties de moralité. Il a certainement le droit, et même le devoir, d'exercer à cet égard un contrôle sur tous les établissements d'instruction. Il est également certain que l'Etat peut et doit exercer une surveillance pour empêcher que les maîtres ne portent atteinte à la liberté physique, intellectuelle et morale de leurs élèves, et qu'il peut dans ce but exercer une inspection dans tous les établissements d'instruction. A l'inverse il n'est pas moins certain que l'Etat ne peut ni interdire ni imposer dans une école l'enseignement d'une doctrine quelconque. L'Etat ne doit pas avoir de doctrine ; il doit les respecter et les protéger toutes. Il n'y a que les jacobins, disciples de Rousseau, et les sectaires cléricaux, qui procèdent du même esprit, pour soutenir le droit pour l'Etat d'imposer ou d'interdire l'enseignement d'une certaine doctrine. L'Etat ne peut donc point organiser une inspection pour surveiller les doctrines, les tendances, l'esprit qui inspirent l'enseignement de telle école.

Un dernier point reste douteux. L'Etat peut-il exiger de ceux qui veulent ouvrir une école ou enseigner, certaines conditions de capacité professionnelle, qu'il se réserve de déterminer et de constater lui-même? Il semble tout d'abord que ce droit de l'Etat ne puisse être contesté. De même que pour certaines professions (avocats, médecins, pharmaciens), il exige des conditions de capacité constatée par des diplômes qu'il délivre lui-même, de même il paraît qu'il peut et qu'il doit exiger de ceux qui dirigent une école ou y

l'enseignement reconnaissent au père de famille le droit d'instruire lui-même ses enfants; ils doivent alors logiquement lui reconnaître le droit de choisir librement les maîtres auxquels il les confie. D'un autre côté, personne ne conteste l'obligation s'imposant au père de famille de nourrir, d'élever et d'instruire ses enfants. De cette obligation dérive nécessairement pour lui le droit de diriger l'instruction de ses enfants et par conséquent de les confier aux maîtres qui lui conviennent. C'est là le véritable fondement du droit du père de famille. Il dérive essentiellement des obligations qui s'imposent à lui. Tant que le lien familial sera reconnu, cette obligation existera, et elle aura pour corollaire le droit du chef de famille. Assurément on pourrait concevoir une autre organisation sociale où le lien familial ne serait reconnu ni par les mœurs ni par les lois. On dit qu'il en était ainsi à Sparte. Nous doutons fort qu'une pareille forme sociale reparaisse dans un pays civilisé. Mais enfin si un jour tout lien social disparaissait entre l'enfant et ses parents, si l'obligation de nourrir, d'élever, d'instruire les enfants incombait à la collectivité seule, celle-ci aurait alors certainement le droit de choisir les maîtres de l'enfant. Nous n'en sommes point là. Il faut ajouter que si le droit du père n'existait pas, l'Etat aurait le droit d'imposer aux enfants certains maitres et par conséquent d'enlever à certains individus le droit d'enseigner. Or, le droit d'enseigner proprement dit doit certainement échapper aux atteintes de l'Etat. Les deux libertés, la liberté d'apprendre et la liberté d'enseigner, sont solidaires l'une de l'autre; porter atteinte à l'une d'elles, c'est sacrifier l'autre.

Si la liberté d'enseignement doit être certainement reconnue avec toutes ses conséquences, il n'est pas douteux que, comme toutes les libertés, elle doit être réglementée par l'Etat, qui peut et doit y apporter certaines restrictions, lesquelles auront d'ailleurs les mêmes fondements et les mêmes limites que celles

apportées aux autres libertés : l'Etat peut et doit restreindre la liberté d'enseignement dans la mesure où cela est nécessaire pour protéger les droits individuels de tous. Mais la formule ne laisse pas de soulever ici quelques difficultés d'application. Il est incontestable que l'Etat a le droit de prendre des mesures pour que toute maison d'enseignement présente des conditions sérieuses de salubrité, et aussi d'exiger de tous ceux qui veulent diriger une école ou enseigner de sérieuses garanties de moralité. Il a certainement le droit, et même le devoir, d'exercer à cet égard un contrôle sur tous les établissements d'instruction. Il est également certain que l'Etat peut et doit exercer une surveillance pour empêcher que les maîtres ne portent atteinte à la liberté physique, intellectuelle et morale de leurs élèves, et qu'il peut dans ce but exercer une inspection dans tous les établissements d'instruction. A l'inverse il n'est pas moins certain que l'Etat ne peut ni interdire ni imposer dans une école l'enseignement d'une doctrine quelconque. L'Etat ne doit pas avoir de doctrine ; il doit les respecter et les protéger toutes. Il n'y a que les jacobins, disciples de Rousseau, et les sectaires cléricaux, qui procèdent du même esprit, pour soutenir le droit pour l'Etat d'imposer ou d'interdire l'enseignement d'une certaine doctrine. L'Etat ne peut donc point organiser une inspection pour surveiller les doctrines, les tendances, l'esprit qui inspirent l'enseignement de telle école.

Un dernier point reste douteux. L'Etat peut-il exiger de ceux qui veulent ouvrir une école ou enseigner, certaines conditions de capacité professionnelle, qu'il se réserve de déterminer et de constater lui-même? Il semble tout d'abord que ce droit de l'Etat ne puisse être contesté. De même que pour certaines professions (avocats, médecins, pharmaciens), il exige des conditions de capacité constatée par des diplômes qu'il délivre lui-même, de même il paraît qu'il peut et qu'il doit exiger de ceux qui dirigent une école ou y

enseignent, outre certaines garanties de moralité, des conditions de capacité professionnelle, pédagogique et scientifique. Mais on aperçoit le danger. Si l'Etat détermine ces conditions et délivre seul les certificats et les diplômes constatant ces conditions de capacité, n'est-il pas à craindre qu'il y ait là un moyen détourné de subordonner l'exercice du droit d'enseigner à l'agrément de l'autorité administrative? Le danger est incontestable. Cependant il paraît impossible de ne pas exiger du directeur et des professeurs d'une école qui fait appel au public de sérieuses conditions de capacité professionnelle. La solution de la difficulté se trouve, à notre avis, dans la délivrance des diplômes, constatant cette capacité, par des juges qui soient autant que possible indépendants de la pression gouvernementale, et qui présentent des garanties absolues d'impartialité. Ces conditions seront remplies, par exemple, si les diplômes exigés sont ceux délivrés par des jurys composés *exclusivement* de professeurs d'Universités.

Pour conclure, il suffit de reproduire le texte de l'art. 9 de la constitution de 1848 : « L'enseignement est libre. La liberté d'enseignement s'exerce selon les conditions de capacité et de moralité déterminées par les lois et sous la surveillance de l'Etat. Cette surveillance s'étend à tous les établissements d'éducation et d'enseignement sans aucune exception ».

85. La liberté d'enseignement. Historique. — Il est certain que ni dans la Déclaration de 1789 ni dans la constitution de 1791, on ne trouve la mention expresse de la liberté d'enseignement. Mais on a vu (§ 82) que la liberté d'exprimer ses opinions et ses croyances par la parole et par l'écrit y est formellement consacrée, et on croit avoir établi que celte liberté implique la liberté d'enseignement. Cf. Laboulaye, *De la liberté d'enseignement*, 1881.

D'ailleurs divers orateurs de la Révolution, et non des moindres, affirmèrent très nettement le principe de la liberté d'enseignement. Mirabeau (ou l'auteur du travail publié sous son nom par Cabanis) déclare : « Tout homme a le droit d'enseigner ce qu'il sait et même ce qu'il ne sait pas. La société ne peut garantir les particuliers des fourberies de l'ignorance que par des moyens généraux qui ne lèsent

pas la liberté » (*Archiv. parlem.*, 1re série, XXX, p. 512). « Tout privilège, disait Talleyrand, est par sa nature odieux; un privilège en matière d'instruction serait plus odieux et plus absurde encore » (*ibid.*, p. 449). Un peu plus tard, Condorcet écrivait : « Aucun pouvoir public ne peut avoir ni l'autorité, ni même le crédit d'empêcher le développement des vérités nouvelles, l'enseignement des théories contraires à sa politique et à ses intérêts momentanés » (*Rapport sur l'instruction publique*, édit. Compayré, 1883, p. 7). Cette liberté d'enseignement devait se concilier d'ailleurs avec un enseignement d'Etat, dont le principe était formulé par la constitution de 1791, tit. I, § 8, et dont le plan était développé quelque temps après par Condorcet dans son *Rapport sur l'instruction publique* et réalisé en partie par la constitution de l'an III, art. 296-301, dont il faut rapprocher les lois des 30 vendémiaire et 3 brumaire an IV.

La Convention formula expressément le principe de la liberté d'enseignement dans la loi du 29 frimaire an II : « L'enseignement est libre » (art. 1). Il faut dire que la loi, malgré ce texte, contient certaines dispositions qui rendent à peu près illusoire la liberté de l'enseignement. Le principe en est cependant inscrit encore dans la constitution de l'an III : « Les citoyens ont le droit de former des établissements particuliers d'éducation et d'instruction, ainsi que des sociétés libres pour concourir au progrès des sciences, des lettres et des arts » (art. 300).

Dans la const. de l'an VIII, on se garde bien d'une allusion quelconque à la liberté de l'enseignement. Napoléon, voyant en effet quel puissant moyen de domination était pour l'Etat le monopole de l'enseignement, allait supprimer dans son principe même la liberté de l'enseignement et donner à l'Etat le droit exclusif d'enseigner. A l'art. 8 de la loi du 11 floréal an X, on lit : « Il ne pourra être établi d'écoles secondaires sans l'autorisation du gouvernement ». C'était le prélude de la loi du 10 mai 1807, qui, par la création de l'Université impériale, allait monopoliser l'enseignement à tous les degrés entre les mains de l'Etat : « Il sera formé sous le nom d'Université impériale un corps chargé exclusivement de l'enseignement et de l'éducation publique de tout l'empire ». L'organisation de l'Université impériale fut réglée par le décret du 17 mars 1808. Taine (*Le nouveau régime*, II, p. 301 et suiv.) a mis merveilleusement en relief la pensée de Napoléon voulant, par la création de l'Université, façonner tous les Français sur le même moule et assurer sa domination sur une base inébranlable. Napoléon disait au conseil d'Etat : « Dans l'établissement d'un corps enseignant, mon but principal est d'avoir un moyen de diriger les opinions politiques et morales. Tant qu'on n'apprendra pas, dans l'enfance, s'il faut être républicain ou monarchiste, catholique ou irréligieux, l'Etat ne formera pas une nation; il reposera sur des bases incertaines et vagues ; il sera constamment exposé aux désordres et aux

changements » (Pelet de la Lozère, p. 161 et p. 154). Nos modernes jacobins ne raisonnent pas différemment.

Un vigoureux effort a rempli tout le XIX[e] siècle pour détruire cette forteresse impériale, pour briser cet instrument de dictature. On a successivement conquis la liberté de l'enseignement à ses divers degrés, et ce n'est qu'en 1901, après la crise de l'affaire Dreyfus, que la liberté de l'enseignement a été mise de nouveau en question et attaquée par des républicains qui, dans leur aveuglement, ne se sont pas aperçus qu'ils n'étaient que les plagiaires de Napoléon.

De 1814 à 1830, c'est toujours au profit de l'Etat le monopole de l'enseignement; et comme Napoléon, la Restauration l'emploie au service de sa politique. Le parti libéral réclamait énergiquement la liberté d'enseignement; aussi, dut-on inscrire au nombre des promesses faites par la Charte de 1830 une loi sur l'instruction publique et la liberté d'enseignement (art. 69, n° 8). Le Gouvernement de juillet ne réalisa point complètement cette promesse; il donna seulement la liberté de l'enseignement primaire. L. 28 juin 1833.

En 1834, l'Université perd son caractère de corporation, d'établissement public ayant un patrimoine propre, pour se fondre dans l'Etat et devenir l'administration de l'instruction publique. Ce changement, préparé par des ordonnances de la Restauration, qui avaient créé le ministère de l'instruction publique, est réalisé par les lois des 24 mai 1834, art. 8 et 17 août 1835, art. 9.

Quant à la loi du 28 juin 1833 sur l'enseignement primaire, elle ne fut votée qu'après de très longues et de très vives discussions et grâce à l'autorité de Guizot, alors ministre de l'instruction publique. Elle organisait l'enseignement primaire public; mais elle consacrait et réglait la liberté de l'enseignement primaire. Il était dit à l'art. 3: « L'instruction primaire est ou privée ou publique ». Tout individu âgé de 18 ans accomplis peut exercer la profession d'instituteur primaire, à la condition d'avoir un brevet de capacité dont les conditions sont déterminées par la loi et les règlements et un certificat de moralité. Certaines peines entraînent l'incapacité de tenir école. L'Etat conserve pour toutes les écoles libres la surveillance et l'inspection, qui s'exercent par un comité local et un comité d'arrondissement et par un personnel d'inspecteurs organisé par l'ordonnance du 30 décembre 1842. Les déchéances d'instituteurs privés pour immoralité ne peuvent être prononcées que par les tribunaux judiciaires. C'était pour l'enseignement primaire tout à fait le régime de liberté. Mais la loi de 1833 n'établissait ni la gratuité ni l'obligation de l'enseignement. Cf. L. 16 juin 1881 et L. 28 mars 1882, art. 4.

Quant à la liberté de l'enseignement secondaire, pendant tout le règne de Louis-Philippe, elle fut revendiquée ardemment, surtout par le parti catholique. De fait, beaucoup d'établissements secondaires libres avaient été autorisés. D'autre part, les petits séminaires

ou écoles secondaires ecclésiastiques, qui avaient été autorisés par le décret du 17 mars 1808, s'étaient développés et multipliés, et sous le nom de petits séminaires existaient un grand nombre d'établissements secondaires libres. En 1836, Guizot, alors ministre de l'instruction publique, présenta un projet de loi sur la liberté de l'enseignement secondaire. La loi fut votée en 1837 par la chambre des députés ; mais le texte ne fut point transmis à la chambre des pairs. En 1844, le projet fut repris par le ministère Guizot, voté par la chambre des pairs ; mais la révolution de 1848 éclata avant que la chambre des députés ait eu le temps de le voter.

Dès les premiers jours de sa réunion l'Assemblée de 1848 reçut le dépôt d'un projet de loi sur la liberté de l'enseignement secondaire présenté par Carnot, ministre de l'instruction publique ; mais elle ne s'en occupa point avant le vote de la constitution. Celle-ci consacra en termes formels et irréprochables le principe de la liberté (art. 9). La loi du 11 décembre 1848 mettait la loi sur l'enseignement au nombre des lois organiques dont l'art. 165 de la const. avait annoncé la rédaction par l'Assemblée nationale.

Mais l'Assemblée dut se séparer avant de l'avoir votée. Elle fut faite par l'Assemblée législative qui lui succéda. Le projet en fut présenté par M. de Falloux, ministre de l'instruction publique du prince Louis-Napoléon, président de la république. Il avait été préparé par une grande commission présidée par M. Thiers. Il devint la loi du 15 mars 1850, encore en vigueur dans certaines de ses dispositions et devenue célèbre sous le nom de Loi Falloux. Sur les conditions et l'esprit dans lesquels cette loi fut préparée et votée, cf. Henry Michel, *La loi Falloux*, 1906.

La loi du 15 mars 1850 maintient la liberté de l'enseignement primaire (art. 17) ; mais elle favorise ouvertement l'enseignement libre confessionnel et place l'enseignement primaire public sous l'action directe du clergé. Aux termes de l'art. 13, tout Français âgé de 21 ans peut exercer la profession d'instituteur public ou libre, s'il est muni du brevet de capacité, lequel peut cependant être suppléé par certaines qualités, notamment celle de ministre non interdit ni révoqué d'un culte reconnu. Pour les religieuses appartenant à une congrégation enseignante, la *lettre d'obédience* délivrée par l'évêque leur tenait lieu de brevet de capacité (art. 49). La loi maintenait le droit d'inspection de l'Etat sur toutes les écoles publiques et libres. Mais l'art. 44 portait ceci : « Les autorités locales préposées à la surveillance et à la direction morale de l'enseignement primaire sont le maire, le curé, le pasteur ou le délégué du culte israélite. Les ministres des différents cultes sont spécialement chargés de surveiller l'enseignement religieux de l'école. L'entrée de l'école leur est toujours ouverte. Toutes les dispositions de la loi de 1850 relatives à l'enseignement primaire sont devenues caduques par l'effet des lois des 16 juin 1881, 28 mars 1882, 30 octobre 1886 et 7 juillet 1904, qui ont maintenu la liberté, mais

établi la gratuité, l'obligation, la neutralité et la laïcité de l'enseignement primaire.

Les art. 60 à 70 de la loi du 15 mars 1850 organisaient la liberté de l'enseignement secondaire. Ce sont les dispositions qui pour la plupart sont encore en vigueur. D'après l'art. 60 : « Tout Français âgé de 25 ans au moins et n'ayant encouru aucune des incapacités (déterminées par la loi et résultant de certaines condamnations pénales) peut former un établissement d'instruction secondaire sous la condition de faire au recteur de l'académie... les déclarations... et de déposer entre ses mains : 1° un certificat de stage constatant qu'il a rempli pendant cinq ans la fonction de professeur ou de surveillant dans un établissement d'instruction secondaire public ou libre ; 2° soit le diplôme de bachelier, soit un brevet de capacité (délivré dans des conditions déterminées par la loi)... ». Aucune condition spéciale de grade ni d'aptitude pédagogique n'était exigée des maîtres enseignant dans un établissement libre d'enseignement secondaire.

Il faut noter enfin que les art. 1 à 16 donnaient dans le conseil supérieur de l'instruction publique et dans les conseils académiques une place importante aux ministres des différents cultes. Ces dispositions sont entièrement caduques depuis la loi du 27 février 1880.

La loi du 15 mars 1850 fut assurément une victoire pour le parti catholique. Dans la pensée d'un de ses principaux auteurs, M. Thiers, elle devait être une loi de conservation sociale. De fait, c'est à la faveur de cette loi que pendant tout le second empire et pendant les trente premières années de la troisième république se sont multipliés et ont prospéré les établissements secondaires libres et particulièrement les collèges de jésuites et autres congrégations. Aussi depuis plusieurs années une fraction importante du parti républicain demande-t-elle l'abrogation de la loi Falloux ; on devrait dire, de ce qui reste de la loi Falloux. On verra plus loin les projets dont le parlement est actuellement saisi à cet égard. Assurément, la loi Falloux a eu le tort de n'exiger pour la direction d'un établissement libre que le titre de bachelier et de n'exiger aucun grade pour y enseigner. Mais c'étaient là des dispositions générales qui s'appliquaient aussi bien aux laïques qu'aux congréganistes. La loi consacrait véritablement la liberté et sauf à la modifier en exigeant le grade de licencié pour la direction et l'enseignement, nous ne voyons pas ce que l'on pourrait faire, après ce qui a été déjà fait, sans porter atteinte à la liberté de l'enseignement secondaire.

Après la loi de 1850, il restait au législateur à organiser la liberté de l'enseignement supérieur. Pendant tout le second empire, elle fut vivement réclamée par le parti catholique et le parti républicain, lequel d'ailleurs, en 1875 devant l'Assemblée nationale, la combattit énergiquement. En 1870, M. Segris, membre du cabinet du 2 janvier, forma une commission extraparlementaire placée sous la présidence de M. Guizot et chargée de préparer une loi sur la

liberté de l'enseignement supérieur. L'empire tomba avant que le projet élaboré par cette commission fût soumis aux chambres. Le projet fut repris à l'Assemblée nationale par le comte Jaubert et, après une très vive discussion, est devenu la loi du 12 juillet 1875, encore en vigueur pour la plus grande partie de ses dispositions. Cf. le *Rapport* de M. Laboulaye, Sirey, *Lois annotées*, 1876, p. 63. La grosse question fut celle de la collation des grades. L'Assemblée la résolut, comme l'avait fait la commission extraparlementaire de 1870, par la création des jurys mixtes composés par égale partie de professeurs de l'enseignement public et de professeurs de l'enseignement libre, sous la présidence d'un professeur de l'enseignement public (L. 12 juillet 1875, art. 13 et 14). Les jurys mixtes ont été supprimés par la loi du 18 mars 1880. On ne peut dire que cette suppression soit une atteinte à la liberté de l'enseignement supérieur; en effet, l'Etat conférant les grades, il est logique que la constatation de la capacité requise pour obtenir la délivrance d'un diplôme appartienne exclusivement aux professeurs des facultés de l'Etat.

Ainsi la France possède actuellement la liberté d'enseignement à tous ses degrés. Il importe cependant de noter que le droit de diriger un établissement d'enseignement n'est reconnu qu'aux citoyens français.

L'enseignement primaire est aujourd'hui organisé par les lois déjà citées des 16 juin 1881, 28 mars 1882 et 30 octobre 1886, qui ont maintenu et fortement organisé la liberté de l'enseignement, ont imposé l'obligation pour tous les enfants de 6 à 13 ans et établi la gratuité et la laïcité de l'enseignement primaire public. Ces lois, violemment attaquées un moment par le parti catholique, sont irréprochables au point de vue des principes libéraux. Cf. § 84. La laïcité est la conséquence logique de l'obligation; de même la disposition très sage de la loi de 1882, qui prohibe l'enseignement religieux à l'intérieur de l'école. La liberté religieuse reste entière. L'art. 2 de la loi de 1882 porte en effet : « Les écoles primaires publiques vaqueront un jour par semaine, en dehors du dimanche, afin de permettre aux parents de faire donner, s'ils le désirent, à leurs enfants, l'instruction religieuse en dehors des édifices scolaires. L'enseignement religieux est facultatif dans les écoles privées ».

Bien que dans son ensemble notre législation actuelle reconnaisse et garantisse la liberté de l'enseignement, elle contient certaines dispositions dirigées contre les congrégations religieuses et qui constituent des atteintes incontestables à cette liberté.

La première tentative faite en ce sens sous la troisième république est la proposition de M. Jules Ferry, ministre de l'instruction publique, demandant que la loi qui devait devenir la loi du 18 mars 1880 contînt un art. 7 (devenu depuis célèbre), qui aurait été ainsi conçu : « Nul n'est admis à diriger un établissement d'enseignement public ou privé, de quelque ordre qu'il soit, ni à y donner

l'enseignement, s'il appartient à une congrégation religieuse non autorisée ». Dans l'exposé des motifs, M. Jules Ferry ne cachait pas qu'il visait particulièrement l'ordre des jésuites, rappelait que les congrégations religieuses non autorisées étaient en état perpétuel de contravention, que les gouvernements monarchiques avaient interdit l'enseignement aux jésuites, et qu'enfin, la liberté d'enseignement n'existant pas pour les étrangers, elle ne devait point être reconnue aux affiliés d'un ordre essentiellement étranger par le caractère de ses doctrines, la nature et le but de ses statuts, la résidence et l'autorité de ses chefs (Exposé des motifs de M. Jules Ferry, Sirey, *Lois annotés*, 1880, p. 514). Cette proposition, qui, M. Jules Ferry le reconnaissait lui-même, était une restriction à la liberté de l'enseignement, souleva dans le pays de très violentes protestations. Elle fut néanmoins votée par la chambre des députés. Mais la commission du sénat, par l'organe de son rapporteur, M. Jules Simon, conclut à son rejet. M. Jules Simon disait excellemment : « Nous savons que les congrégations non autorisées n'ont aucun droit, ni aucune réalité dans l'Etat..., cela est parfaitement évident; mais nous ne trouvons rien ni dans les lois, ni dans les pratiques administratives, ni dans la raison qui interdise à un Français de s'affilier à une société religieuse ou qui lui enlève, à raison de cette affiliation, la qualité de citoyen et les droits qui en résultent... La vérité, qu'il faut avouer sans détour, est que vous privez une classe de citoyens, dont les opinions vous déplaisent, dont les tendances vous sont suspectes et que vous supprimez pour eux la liberté d'enseignement... L'Etat a-t-il le droit d'exclure du droit d'enseigner ceux dont il juge les doctrines dangereuses ? S'il a ce droit, il n'y a pas de liberté d'enseignement... ». L'art. 7 fut repoussé par le sénat le 10 mars 1880 à la majorité de 148 voix contre 129. C'est ce vote du sénat qui provoqua les décrets du 29 mars 1880, dont le premier ordonnait la dissolution de la Compagnie de Jésus dans le délai de trois mois, et le second que dans le délai de trois mois toute congrégation non autorisée fît diligence pour obtenir l'autorisation.

La question du droit d'enseignement des membres des congrégations non autorisées fut de nouveau posée en 1901 par le ministère Waldeck-Rousseau. Dans le projet de loi relatif au contrat d'association, présenté par lui au parlement, était inscrite une disposition identique à l'art. 7 du projet Jules Ferry de 1880. M. Waldeck-Rousseau la justifiait exactement de la même manière que M. Jules Ferry, disant comme lui que la république doit suivre l'exemple des monarchies qui l'ont précédée. Au moment de la discussion on attaqua de front le principe même de la liberté d'enseignement, ce qu'on n'avait point osé faire en 1880. M. Massé déclara que le droit d'enseigner est un droit *régalien*, qu'il est donc une concession de l'Etat, qui la donne à qui il veut et la retire quand il veut. Contre la disposition on invoqua justement le principe de la liberté d'enseignement : la disposition, disait-on, n'enlève

pas le droit d'enseigner aux congrégations non autorisées : elle n'a point à le leur enlever, puisqu'elles n'existent pas et par conséquent ne peuvent avoir de droit; mais elle l'enlève à des citoyens français qu'on suspecte d'être affiliés à une congrégation, parce que les opinions, les tendances qu'on leur attribue, déplaisent au gouvernement. Cette affiliation, ces vœux, sont choses individuelles et du domaine de la conscience que l'Etat ne peut pas atteindre. « La loi ne reconnait plus ni vœux religieux... » (Const. de 1791, pr.). C'est un principe essentiel du droit moderne que viole la disposition qui interdit aux congréganistes d'enseigner. Malgré cela, la proposition fut votée; elle est devenue l'art. 14 de la loi du 1er juillet 1901. V. les discussions à la chambre, séances des 21-26 mars 1901 ; au sénat, séance du 21 juin 1901, où M. Combes, rapporteur, développa surtout ce sophisme, que les congrégations non autorisées n'ayant pas d'existence légale, il faut enlever à leurs membres le droit d'enseigner.

La loi du 1er juillet 1901 laissait subsister les congrégations autorisées, même enseignantes, et notamment l'*Institut des frères de la Doctrine chrétienne* reconnu et autorisé par le décret du 17 mars 1808 sur l'Université. Mais l'art. 13, § 2 de la loi portait : « Elle (la congrégation) ne pourra fonder aucun nouvel établissement qu'en vertu d'un décret rendu en conseil d'Etat ». Invoquant ce texte et l'interprétation donnée par un avis du conseil d'Etat le 23 janvier 1902, malgré une déclaration contraire formelle de M. Waldeck-Rousseau à la chambre le 18 mars 1901, le gouvernement prononça par décret la fermeture de nombreuses écoles ouvertes conformément à la loi du 30 octobre 1886, mais dans lesquelles enseignaient des membres de congrégations cependant autorisées. Ces mesures provoquèrent une grave agitation dans le pays et de vives polémiques. Cf. notamment Buisson, *La crise de l'anticléricalisme, Revue politique et parlementaire,* octobre 1903, p. 5; D. Cochin, *Réponse* à M. Buisson, *ibid.*, novembre 1903, p. 221; Goblet, *La crise de l'anticléricalisme*, à propos d'un article de M. Buisson, *ibid.*, décembre 1903, p. 421, qui conclut très justement en disant : « Proscrire certaines personnes ou certaines associations à cause de l'esprit dont elles sont animées, ce n'est pas faire appel à la raison et à la liberté et ce n'est pas se conformer aux principes républicains ».

Malgré ces avertissements et ces protestations d'un vétéran du parti républicain, le parlement a voté sur la demande du ministère Combes la loi du 7 juillet 1904, dont l'article premier porte : « L'enseignement de tout ordre et de toute nature est interdit en France aux congrégations. Les congrégations autorisées à titre de congrégations exclusivement enseignantes seront supprimées dans un délai maximum de six ans ». Cette loi constitue une nouvelle atteinte à la liberté d'enseignement, moins directe cependant que la précédente, au moins en la forme. En effet elle enlève le droit d'ensei-

gner, non point à des individus citoyens français, comme le fait l'art. 14 de la loi du 1er juillet 1901, mais à des associations reconnues comme congrégations enseignantes. C'est donc, à vrai dire, au droit d'association qu'elle porte atteinte, mais dans le but avoué d'atteindre par là certains individus citoyens français dont les opinions et les croyances ne plaisent pas au parti qui est au pouvoir. Rap. DD. 2 janvier et 7 juin 1905. Cf. Goblet, *La suppression de l'enseignement congréganiste, Revue polit. et parlem.*, août 1904, p. 245; Buisson, *La laïcité intégrale*, Réponse à M. Goblet, *ibid.*, septembre, 1904, p. 447.

Dans le courant de l'année 1903, le sénat avait été saisi d'une proposition de loi présentée par M. Béraud, tendant à la suppression de la liberté de l'enseignement secondaire, et d'un projet déposé au nom du gouvernement par M. Chaumié, ministre de l'instruction publique, maintenant le principe de la liberté (ouverture de l'établissement sur simple déclaration), mais exigeant pour cette déclaration des conditions nouvelles, et organisant l'inspection de l'Etat dans les établissements d'enseignement secondaire libres. La commission du sénat proposa la suppression même de la liberté de l'enseignement secondaire : « Aucun établissement privé d'enseignement secondaire ne pourra être ouvert qu'en vertu d'une autorisation spéciale, qui sera donnée par décret après avis du conseil supérieur de l'instruction publique » (art. 2 du projet). Cf. le *rapport* de M. Thézard, qui invoquait surtout la nécessité d'assurer l'*unité* morale du pays, *J. off., doc. parlem.*, sénat, sess. ord., 1903, p. 435. — Le sénat repoussa la proposition de sa commission et maintint le principe de la liberté d'enseignement (séance du 19 nov. 1903). V. les discours de M. Charles Dupuy (5 novembre 1903) et de M. Clémenceau (15 novembre 1903) en faveur de la liberté de l'enseignement. Mais le 20 novembre 1903 le sénat votait un amendement de M. Delpech, d'après lequel tout individu voulant ouvrir un établissement d'enseignement secondaire devait fournir la déclaration qu'il n'appartient pas à une congrégation (non autorisée ou autorisée). C'est à la suite de ce vote du sénat que M. Combes, président du conseil, déposa à la chambre le projet qui devait devenir la loi du 7 juillet 1904.

Le projet de loi sur l'enseignement secondaire, voté par le sénat, a été rapporté à la chambre par M. Barthou qui a dressé un long réquisitoire contre la loi de 1850 (*J. off., doc. parl.*, chambre, sess. extraord., 1904, p. 1 et suiv.). Il demandait à la chambre de voter, sauf quelques modifications de détail, le projet du sénat. Le rapport Barthou servira de base à la discussion devant la chambre élue en mai 1906. Il a été en effet repris par la législature nouvelle le 12 juin 1906 (*J. off., doc. parl.*, chambre, sess. ord., 1906, p. 520). Dans la déclaration du 12 juin 1906, il est dit : « Le gouvernement demandera l'abrogation définitive de la loi Falloux, déjà acceptée par le sénat...». — Il est évident que cette loi ainsi

annoncée sera ou non attentatoire à la liberté d'enseignement, suivant ce que sera le certificat d'aptitude pédagogique qu'elle paraît devoir exiger. S'il y a là un moyen détourné mis à la disposition du gouvernement pour écarter de la direction des établissements secondaires libres les citoyens dont les opinions et les croyances lui déplaisent, la loi votée dans les termes proposés sera une confiscation véritable de la liberté d'enseignement.

86. La liberté de la presse. — C'est, d'une manière générale, le droit d'exprimer ses opinions et ses croyances par écrits imprimés, en quelque forme que ce soit, le livre, la brochure, la revue, le journal ou l'affiche, sans que ces publications soient soumises à aucune autorisation ou censure préalables, et sauf, bien entendu, la responsabilité pénale et civile des auteurs de ces écrits. Le principe a été formulé d'une manière très nette à l'art. 11 de la Déclaration des droits de 1789 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». La constitution de 1791 garantit expressément la liberté de la presse (tit. I, § 2).

Le principe en est encore reconnu par la Déclaration de 1793, art. 7, la constitution de l'an III, art. 353 et 355, le sénatusconsulte du 28 floréal an XII, art. 64-67, la Charte de 1814, art. 8, la Charte de 1830, art. 7 et 69 et la constitution de 1848, art. 8, 84 et 85.

Cette liberté, comme toutes les libertés, a pour limite la liberté d'autrui. La loi peut et doit donc intervenir pour prévoir et réprimer toute atteinte à la liberté d'autrui par la voie de la presse, tout préjudice moral ou matériel occasionné à un individu, et aussi, dans une mesure que le législateur doit déterminer avec prudence, toute publication dangereuse pour la sécurité du pays, pour la morale publique, ou contenant provocation à des faits qualifiés crimes ou délits par la loi. Mais l'Etat ne peut intervenir que par voie de répression ou de réparation, non par voie préventive. Cette répression et cette réparation doivent être confiées à l'autorité judiciaire, chargée en France d'in-

tervenir lorsque la liberté des citoyens est principalement et directement en jeu. La liberté de la presse implique une autre garantie, indiquée déjà par la const. de 1791 (tit. III, chap. v, art. 18) et très nettement déterminée par l'art. 83 de la const. de 1848 : « La connaissance de tous les délits commis par la voie de la presse appartient exclusivement au jury ». Une restriction est faite cependant pour les délits d'injures et de diffamation envers les particuliers (Const. 1848, art. 83, § 2). C'est devenu aujourd'hui une sorte d'axiome qu'un pays ne possède la liberté de la presse que lorsque ses lois donnent compétence au jury pour juger tous les délits de presse, à l'exception toutefois des délits d'injure et de diffamation contre les particuliers. La loi du 29 juillet 1881, qui règle aujourd'hui la liberté de la presse, a consacré le principe de cette compétence (art. 47 et suiv.). Les lois des 16 mars 1893 et 28 juillet 1894 y ont apporté cependant quelques importantes restrictions. Voici l'idée sur laquelle repose cette compétence du jury. Les délits de presse sont des délits d'opinion, en ce sens que la presse, tout au moins la presse périodique, constitue l'organe par excellence de l'opinion publique. Dès lors, c'est à l'opinion publique elle-même qu'il faut confier le soin de juger si tel publiciste a dépassé ses droits. Or le seul tribunal qui soit une émanation directe de l'opinion publique, c'est le jury, puisqu'il se compose de simples citoyens tirés au sort.

La liberté de la presse implique deux autres libertés, qui en sont en même temps les conséquences et les conditions : la liberté du colportage et la liberté de l'affichage, l'une et l'autre consacrées et réglementées aujourd'hui par la loi du 29 juillet 1881, art. 15-22.

La liberté de la presse, sous aucune de ses formes, n'a jamais été théoriquement contestée depuis 1789. Mais en même temps il n'en est pas qui, dans tous les pays et particulièrement en France, ait été plus souvent et plus profondément violée. Sans doute depuis

1789, la liberté du livre a été en fait, sauf sous le premier empire, en général respectée. Mais la plupart des gouvernements ont vu dans la presse périodique un véritable danger et ont essayé de l'entraver par tous les moyens possibles. C'est l'honneur de la troisième république d'avoir donné au pays définitivement la liberté de la presse périodique, avec la liberté du colportage qui en est à la fois le corollaire et la condition.

Jusqu'à la loi du 28 germinal an IV le principe de la liberté de la presse existe théoriquement puisqu'il a été proclamé par toutes les constitutions ; mais en fait son application est laissée à la discrétion du gouvernement. Les comités de la Convention n'hésitèrent point à supprimer tous les livres, brochures et journaux qui leur portaient ombrage. Cette loi du 28 germinal maintient la liberté de la presse, mais décide « qu'il ne peut être imprimé aucuns journaux ou autres feuilles périodiques, distribué aucuns avis dans le public, imprimé ou placardé aucunes affiches, qu'ils ne portent le nom de l'auteur ou des auteurs, le nom et l'indication de la demeure de l'imprimeur » (art. 1). La loi du 19 fructidor an V, au lendemain du coup d'Etat de fructidor, place les journaux et autres feuilles périodiques et les presses qui les impriment pendant un an sous l'inspection de la police, *qui peut les prohiber* (art. 35). L'auteur de la loi vise dans cet article, pour lui donner un semblant de légalité constitutionnelle, l'art. 355 de la constitution de l'an III. Rap. l'arrêté du 23 brumaire an VI relatif à l'exécution de l'art. 35 de la loi du 19 fructidor an V.

Sous le consulat, l'arrêté du 27 nivôse an VIII soumet la presse périodique à un régime rigoureux de police : les journaux politiques seuls autorisés à paraître sont limitativement et nommément énumérés. L'art. 5 porte que « seront supprimés sur-le-champ tous les journaux qui insèreront des articles contraires au respect dû au pacte social, à la souveraineté du peuple et à la gloire des armées... »

Le sénatusconsulte du 28 floréal de l'an XII créait une *commission sénatoriale de la liberté de la presse*; mais il était spécifié que n'étaient point compris dans ses attributions les ouvrages qui s'impriment et se distribuent par abonnement à des époques périodiques (art. 64-67). Cette *commission sénatoriale de la liberté de la presse* était une façade comme la *commission sénatoriale de la liberté individuelle*, et elle ne protégea pas plus la liberté de la presse que celle-ci la liberté individuelle. D'ailleurs le décret du 5 février 1810 allait supprimer complètement la liberté de la presse en général et soumettre la librairie, comme la presse périodique, à un régime draconien de police, plus rigoureux encore que le système pratiqué sous la monarchie absolue. La profession d'imprimeur cesse d'être une profession libre; le nombre d'imprimeurs

est limité et tout imprimeur doit avoir un brevet. Le directeur général de l'imprimerie, placé sous les ordres du ministre de l'intérieur, peut toujours ordonner la communication d'un ouvrage livré à l'impression et surseoir à l'impression, ordonner à l'auteur les suppressions convenables et sur son refus de les faire, défendre la vente de l'ouvrage, faire rompre les formes et faire saisir les feuilles ou exemplaires déjà imprimés. La presse périodique reste toujours soumise à l'arrêté du 27 nivôse an VIII, c'est-à-dire à l'arbitraire le plus complet.

Dans l'acte de déchéance de Napoléon, voté par le sénat le 3 avril 1814, on visait les atteintes portées par l'empereur à la liberté de la presse. Dans l'art. 13 de la constitution sénatoriale, il était dit : « La liberté de la presse est entière... ». Cependant deux arrêtés du Gouvernement provisoire du 7 avril 1814 décident qu'aucune feuille ne peut être distribuée sans autorisation préalable et que tous les règlements sur la librairie et sur l'imprimerie continueront provisoirement à être appliqués. L'ordonnance royale du 16 juin 1814, bien que l'art. 8 de la Charte proclame la liberté de la presse, maintient provisoirement les lois, décrets et règlements « par lesquels il a été pourvu à la répression des abus de la presse » et annonce une loi. Ce fut la loi du 21 octobre 1814 *sur la liberté de la presse*. Titre dérisoire, car cette loi place encore la librairie, l'imprimerie et la presse proprement dite sous un régime arbitraire de police.

Ces dispositions restrictives subsistent jusqu'à la législation véritablement libérale de 1819 (L. L. 17 mai, 26 mai et 9 juin 1819), dont le vote est dû surtout à l'influence et à l'autorité de M. de Serres, ministre de la justice, et de M. Decazes, ministre de l'intérieur. La loi du 17 mai 1819 supprime la censure préalable et le droit de suspension des journaux par le gouvernement. La loi du 26 mai 1819 fait du jury la juridiction de droit commun en matière de délits de presse. Mais cette même loi crée toute une série de délits de presse spéciaux. Enfin la loi du 9 juin 1819 décide que tout journal ou écrit périodique, consacré en tout ou partie aux nouvelles en matière politique, peut être publié librement, à la condition de faire une déclaration dans les conditions déterminées, et de fournir un cautionnement dont la loi (art. 1) détermine le montant. Malgré cette obligation du cautionnement, on peut dire que cette législation de 1819 établissait vraiment la liberté de la presse. Cf. ordon. du 9 juin 1819.

Ce ne devait pas être pour longtemps. La loi du 31 mars 1820, votée après l'assassinat du duc de Berry, décide que la libre publication des journaux politiques est temporairement suspendue, qu'aucun journal politique ne peut être publié qu'avec l'autorisation du roi, et qu'aucune feuille, livraison d'un journal ou écrit périodique, ne peut être publiée sans avoir été soumise à la censure. La loi du 26 juillet 1821 prorogea l'application de la loi précédente.

Ces deux lois déclarées temporaires sont remplacées par les lois des 17 et 25 mars 1822, qui décident que nul journal ou écrit périodique politique ne peut être établi et publié sans l'autorisation préalable du roi. La loi du 17 mars (art. 3) établit quelque chose de nouveau : la suppression par décision judiciaire (décision de la cour d'appel) d'un journal dans le cas où l'esprit de ce journal « résultant d'une succession d'articles serait de nature à porter atteinte à la paix publique, au respect dû à la religion de l'Etat et aux autres religions... » C'était le retour à l'arbitraire le plus complet, l'arbitraire judiciaire sans doute, mais l'arbitraire.

Le ministère Martignac fait voter la loi du 18 juillet 1828 qui revient à la législation de 1819 et à la liberté de la presse. Mais une des quatre ordonnances du 25 juillet 1830, dont la publication provoqua la révolution de 1830 et la chute des Bourbons, suspend la liberté de la presse et remet en vigueur les dispositions de la loi du 21 octobre 1814. Ce fut cette ordonnance qui provoqua la célèbre protestation des journalistes parisiens rédigée par M. Thiers.

La Charte de 1830 proclame à nouveau la liberté de la presse, stipulant même dans l'art. 7 « *que la censure ne pourra jamais être rétablie* ». Ainsi la presse se trouvait replacée sous l'empire de la loi du 18 juillet 1828, qui fut toutefois complétée par la loi du 8 octobre 1830 laquelle défère au jury, sauf quelques exceptions, la connaissance de tous les délits de presse. Cf. en outre LL. 29 novembre, 10 décembre, 14 décembre 1830, 8 avril 1831, 16 février 1834. C'était vraiment un régime de liberté. Mais après l'attentat de Fieschi, le gouvernement (ministère de Broglie, Thiers à l'intérieur) fit adopter les trois lois du 9 septembre 1835 (devenues fameuses sous le nom de lois de septembre) : l'une d'elles prévoit et punit de nouveaux délits de presse, augmente le cautionnement des journaux, oblige les gérants à insérer en tête de leur feuille les documents officiels et rectifications.

Cette loi ne fut abrogée que par l'art. 1 du décret du 6 mars 1848. La loi du 27 juillet 1849 reproduit en matière de presse périodique la plupart des dispositions des lois antérieures, même celles de la loi du 9 septembre 1835. La loi du 16 juillet 1850 sur le cautionnement des journaux et le timbre exige la signature de tout article de discussion politique, philosophique ou religieuse inséré dans un journal. Malgré ces quelques restrictions, c'était toujours la liberté. Elle allait naturellement, après le 2 décembre, faire place à un régime arbitraire de police.

Le décret du 17 février 1852 établit en matière de presse une réglementation véritablement draconienne. L'autorisation préalable du gouvernement est nécesssaire pour créer et publier un journal ou pour y introduire une modification quelconque dans le personnel; l'obligation de verser un cautionnement est maintenue; tout numéro du journal doit être signé par le gérant, et tout article signé par son auteur; une condamnation pour crime commis par la

voie de la presse, deux condamnations pour délits ou contraventions commis dans l'espace de deux ans entraînent de plein droit la suppression du journal; après une condamnation pour délit ou contravention, le gouvernement a la faculté, dans les deux mois, de prononcer soit la suspension temporaire, soit la suppression du journal; en dehors de toute condamnation, un journal peut être suspendu par le ministre pour deux mois au maximum après deux avertissements préalables. Un journal peut être supprimé, par mesure de sûreté générale, par un décret spécial du gouvernement (art. 32). Tous les délits de presse sont de la compétence des tribunaux correctionnels (art. 25).

Cette réglementation si rigoureusement restrictive subsista jusqu'à la loi du 11 mai 1868, qui se rattache aux mesures libérales de la fin du second empire. Cette loi supprime l'autorisation préalable pour l'établissement d'un journal et exige une simple déclaration; elle réduit les droits de timbre; elle enlève à l'administration pour les donner aux tribunaux les droits de suspendre et de supprimer un journal. Pour le surplus, les prescriptions du décret de 1852 étaient maintenues. Ce n'était pas tout à fait la liberté; mais ce n'était plus l'arbitraire odieux de 1852.

Le Gouvernement de la Défense nationale, par le décret du 5 septembre 1870, abolit l'impôt du timbre sur les journaux et autres publications. Par le décret du 10 septembre 1870, il proclame la liberté de l'imprimerie et de la librairie toujours soumise en droit au décret du 5 février 1810. Le décret du 10 octobre 1870 supprime le cautionnement des journaux, et le décret du 27 octobre établit en principe la compétence du jury pour le jugement des délits de presse.

L'Assemblée nationale, par la loi du 15 avril 1871, substitua à quelques dispositions encore en vigueur du décret du 17 février 1852 des dispositions plus libérales empruntées à la législation de 1819. Mais par la loi du 6 mai 1871, elle rétablit le cautionnement pour tous les journaux politiques sans exception, et pour tous les journaux et écrits périodiques non politiques paraissant plus d'une fois par semaine. Enfin, par la loi du 29 décembre 1875, elle restreignit d'une façon notable la liberté de la presse.

Ainsi à cette époque la législation sur l'imprimerie, la librairie, l'affichage, le colportage et la presse périodique était extrêmement complexe. D'autre part, ce n'était plus pour la presse le régime arbitraire de police comme à certaines époques, mais ce n'était pas vraiment la liberté. Le parti républicain, arrivé aux affaires après les élections de 1876, se devait de faire une loi complète sur la presse, et vraiment libérale. L'élaboration de cette loi, retardée par la période du 16 mai, fut enfin achevée en 1881.

La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse a vraiment établi un régime de liberté pour l'imprimerie, la librairie, le colportage et la presse proprement dite. Elle est toujours la loi fonda-

mentale sur cette matière, et n'a reçu depuis que des modifications et des additions de détail.

L'imprimerie et la librairie sont libres ; mais tout imprimé rendu public, sauf quelques exceptions (ouvrages dits de ville ou bilboquets), doit porter l'indication des nom et domicile de l'imprimeur. Au moment de la publication, l'imprimeur doit faire un dépôt de deux exemplaires, de trois pour les estampes et la musique, à Paris au ministère de l'intérieur, ailleurs à la préfecture, à la sous-préfecture ou à la mairie (art. 1-3).

La profession de colporteur et de distributeur sur la voie publique est libre, sauf l'obligation pour celui qui veut s'y livrer de faire une déclaration à la préfecture du département où il a son domicile, pour les journaux à la mairie ou à la sous-préfecture pour tout l'arrondissement. Cf. la loi du 19 mars 1889 qui interdit d'annoncer les journaux autrement que par leur titre, et de crier des titres obscènes ou contenant des injures ou diffamations.

La loi de 1881 consacre aussi la liberté de l'affichage et protège les affiches officielles et privées. L'art. 16 est spécialement relatif aux affiches électorales. Il a été modifié et complété par les lois des 27 janvier 1902, 30 mars 1902, art. 44 (interdiction des affiches tricolores).

Quant à la presse périodique, elle est libre. Aux termes de l'art. 5, tout journal ou écrit périodique peut être publié sans autorisation, sans dépôt de cautionnement ; il suffit qu'avant la publication il soit fait au parquet du procureur de la république une déclaration contenant le titre du journal ou écrit périodique, le nom et la demeure du gérant, l'indication de l'imprimerie où il doit être imprimé (art. 7). Tout journal ou écrit périodique doit avoir un gérant, Français, majeur, et jouissant de ses droits civils et civiques (art. 6). Il n'est point nécessaire que les articles soient signés. Au moment de la publication de chaque feuille, il doit être remis au parquet du tribunal de première instance deux exemplaires signés du gérant, ou à la mairie s'il n'y a pas de tribunal dans la ville où paraît le journal. Pareil dépôt doit être fait au ministère de l'intérieur pour Paris et le département de la Seine, et ailleurs à la préfecture, à la sous-préfecture ou à la mairie. Ainsi le dépôt est double, administratif et judiciaire (art. 10).

La liberté étant ainsi consacrée, il suivait que la responsabilité du journal devait être énergiquement sanctionnée : responsabilité civile vis-à-vis des particuliers atteints par le journal, et responsabilité pénale dans les cas où la loi décide qu'il y a une infraction pénale.

La responsabilité vis-à-vis des particuliers est sanctionnée, d'abord par le droit de réponse de toute personne nommée ou désignée dans un journal, par l'obligation pour le gérant d'insérer la réponse faite (art. 13) ; et par le droit de citation directe devant le tribunal correctionnel du gérant et de l'auteur de l'article, la preuve

du fait diffamatoire ne pouvant être faite (L. 1881, art. 29, 45, 46, 60 et L. 16 mars 1893).

Les fonctionnaires sont protégés par l'obligation où est le gérant d'insérer en tête de sa feuille les rectifications relatives à des actes de leur fonction (art. 12), et par les poursuites pour injure ou diffamation. La preuve du fait diffamatoire est admise lorsque la diffamation a été dirigée contre un fonctionnaire ou certaines personnes énumérées aux articles 31 et 35. La juridiction compétente est alors la cour d'assises.

D'ailleurs, suivant le principe rappelé en tête de ce §, la cour d'assises est, en règle générale, compétente pour juger tous les délits de presse (art. 45).

Cependant certaines lois postérieures ont créé quelques nouveaux délits, et ont donné compétence au tribunal correctionnel pour connaître de ces délits et de quelques-uns de ceux prévus par la loi du 29 juillet 1881. Telles sont la loi du 16 mars 1893, portant modification des articles 45, 47 et 60 de la loi de 1881, et la loi du 18 juillet 1894, ayant pour objet de réprimer les menées anarchistes, votée après l'assassinat à Lyon du président Carnot par l'anarchiste Caserio. Cette loi défère notamment aux tribunaux correctionnels tout individu qui est convaincu d'avoir, dans un but de propagande anarchiste, par provocation ou par apologie de faits spécifiés aux art. 24, §§ 1 et 2 et 25 de la loi de 1881, incité une ou plusieurs personnes à commettre soit un vol, soit les crimes de meurtre, de pillage, etc., ou adressé une provocation à des militaires...., dans le but de les détourner de leur devoir. Ces lois ont été qualifiées de lois scélérates par des socialistes et des radicaux-socialistes, qui se sont bien gardés de demander leur abrogation quand ils sont arrivés au pouvoir. On doit signaler aussi la loi du 2 août 1882, ayant pour objet la répression des outrages aux bonnes mœurs, modifiée et complétée par la loi du 16 mars 1898.

Sur la liberté de la presse et les délits de presse, cons. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole et de la presse*, 2 vol.; Barbier, *Code expliqué de la presse*, 2 vol.; Ducroq, *Droit administratif*, 7e édit., 1898, III, p. 539 et suiv.; Garraud, *Droit pénal*, 2e édit., IV, p. 420 et suiv.

87. Le droit de pétition. — C'est le droit qui appartient à l'individu d'adresser aux organes ou agents publics un écrit où il expose des opinions, des demandes ou des plaintes. Le droit de pétition est une forme de la liberté d'opinion. Chacun est libre d'exposer ses opinions, de les faire connaître au public et aussi par conséquent aux représentants de l'autorité. Le droit de pétition est de plus une conséquence de la liberté individuelle en général : chacun a le droit de

ne pas être victime d'un acte arbitraire de la part des agents de l'autorité et de formuler une plainte ou une réclamation contre un pareil acte.

Le droit de pétition n'était pas expressément mentionné dans la Déclaration des droits de 1789. On pensa probablement que cela était inutile, puisqu'il était la conséquence nécessaire de la liberté individuelle et de la liberté d'opinion. C'est bien d'ailleurs au même § 3 du tit. I de la const. de 1791 que le législateur déclare garanties, comme droits naturels et civils, la liberté individuelle, la liberté d'opinion, la liberté de la presse, la liberté de réunion et aussi « la liberté d'adresser aux autorités constituées des pétitions signées individuellement ». Il est dit à l'art. 32 de la Déclaration de 1793 : « Le droit de présenter des pétitions aux dépositaires de l'autorité publique ne peut en aucun cas être interdit, suspendu ni limité ». Rapp. Const. an III, art. 37 et 364; Const. 1848, art. 8.

Une difficulté s'est présentée pour le droit de pétition, dès 1791. La pétition peut intervenir dans deux hypothèses tout à fait différentes. La pétition peut être formulée dans un but purement individuel : on demande la modification ou la suppression d'une décision individuelle; on demande qu'il soit pris une décision individuelle, qu'on s'adresse au gouvernement ou au parlement. La pétition formulée ainsi, dans un intérêt purement individuel, est incontestablement, d'après la terminologie des auteurs de la Déclaration des droits et de la constitution de 1791, l'exercice d'un droit naturel et civil, c'est-à-dire d'un droit qui appartient à tout individu en tant qu'homme, et qui est un droit civil parce qu'il est reconnu et garanti par la société. Dès lors ce droit appartient à tous, même à ceux qui n'ont point la jouissance des droits politiques, aux femmes, aux enfants, aux individus frappés d'une déchéance pénale, et même aux étrangers. Le droit de pétition ainsi compris est bien certainement un droit supérieur au législateur, que celui-ci peut régle-

menter, mais qu'il ne peut ni restreindre ni supprimer.

Au contraire, une pétition peut être adressée par un individu ou un groupe d'individus dans un but d'intérêt général. On ne demande point une décision individuelle, mais bien qu'il soit pris une décision par voie générale et dans l'intérêt collectif, qu'on s'adresse d'ailleurs au parlement pour qu'il vote une loi ou repousse un projet de loi, abroge ou modifie une loi existante, qu'on s'adresse au gouvernement pour qu'il prenne une mesure générale dans le domaine de sa compétence ou pour qu'en vertu de son droit d'initiative il présente au parlement tel ou tel projet de loi. En pareil cas, la pétition n'est-elle pas l'exercice d'une sorte d'initiative législative, une participation à la puissance politique? Le droit de pétition ainsi compris ne doit-il pas être reconnu seulement à ceux qui ont la jouissance des droits politiques? Ne doit-il pas être refusé aux femmes, aux enfants, aux individus frappés de déchéance et aux étrangers?

Souvent au lieu de distinguer comme nous la pétition formulée dans un intérêt général et celle formulée dans un intérêt individuel, on distingue la pétition adressée aux chambres et celle adressée au gouvernement. Cette distinction ne nous paraît pas exacte : on vient de montrer qu'une pétition adressée au gouvernement peut parfaitement l'être en vue d'un intérêt général. Ainsi aux Etats-Unis, lorsque les citoyens désirent une modification législative, ils ne s'adressent pas directement au congrès, mais envoient au président une pétition pour lui demander de recommander au congrès cette modification. Cf. Barthélemy, *La condition actuelle de la présidence des Etats-Unis*, *Revue polit. et parlem.*, 10 février 1906, p. 293; *Le Temps*, 15 février 1905.

La question se posa dès 1791. Dans un rapport présenté à l'Assemblée nationale, le 9 mai 1791, Le Chapelier proposait de distinguer la *plainte* et la *pétition* proprement dite. Il définissait la *plainte* le droit naturel et inviolable appartenant à tout individu de formuler une réclamation adressée aux pouvoirs publics contre une décision individuelle le concernant, et le droit de *pétition*, le droit de demander au législateur de prendre une décision par voie générale sur un objet d'intérêt général. D'après Le Chapelier, le droit de pétition, ainsi compris dans ce sens restreint, est un droit politique; il l'appelait « cette espèce d'initiative du citoyen pour les lois

et les institutions sociales » et il pensait qu'il devait être réservé aux citoyens actifs. Cette conception rencontra dans l'Assemblée une très vive opposition. Pétion, Grégoire, Robespierre, Maury vinrent affirmer que le droit de pétition est toujours et dans tous les cas « le droit imprescriptible de tout homme vivant en société..., le droit de tout être pensant ». C'est cette conception qui l'emporta. A une très forte majorité, l'Assemblée vota le principe du droit de pétition ouvert à tous, comme droit individuel naturel, dans quelque but que ce soit, droit civil aussi, en ce sens qu'il est reconnu et garanti par la société (Const. 1791, tit. I, § 3).

Aucune des Déclarations, des constitutions ou des lois qui ont consacré le droit de pétition n'a fait une distinction ou une restriction : le droit de pétition sous ses deux formes est reconnu à tous, même à ceux qui n'ont pas la jouissance de leurs droits politiques. Le projet de constitution girondine organisait une initiative populaire, qui naturellement ne pouvait être exercée que par les électeurs (Const. girondine, tit. III, sect. II, art. 2, sect. V, art. 4; tit. VIII; tit. IX, art. 5). Mais cela est tout différent du droit de pétition, puisque cette initiative populaire aura pour effet de mettre nécessairement en mouvement le pouvoir législatif ou le pouvoir constituant. De même la constitution de 1793, art. 115, organisait l'initiative populaire en matière de revision constitutionnelle, et cette initiative, bien différente du droit de pétition, ne pouvait être exercée que par les assemblées primaires. Pour l'initiative populaire en Suisse, cf. § 51. Mais les textes qui consacrent le droit de pétition proprement dit ne restreignent point l'exercice du droit de pétition à ceux qui ont la jouissance des droits électoraux. Outre les textes déjà cités, cf. Const. an VIII, art. 83; Chartes 1814, art. 53; 1830, art. 45; Const. 1848, art. 8; Sénatusconsulte const. 1870, art. 41.

La question de la recevabilité par les chambres de pétitions présentées par des étrangers s'est posée plusieurs fois devant le parlement. Le 1er avril 1871, M. de Laroche-Jaquelein présentait, au nom de la première commission des pétitions, un rapport sur une pétition par laquelle deux étrangers membres du comité de la Ligue internationale de la paix à Genève, demandaient à l'Assemblée de consolider la république. M. de Malleville fait observer que les étrangers ne peuvent pas exercer le droit de pétition en France; M. Baze établit une distinction entre les pétitions qui touchent à un intérêt simplement individuel et celles qui touchent à un intérêt collectif : les étrangers peuvent présenter les premières, mais non pas les secondes; en conséquence il demande que la pétition rapportée soit écartée par la question préalable. MM. Humbert, Brisson, Floquet et Langlois font remarquer que la distinction faite par M. Baze est trop restrictive et s'opposent à la question préalable. Bref, l'Assemblée ne vote point la question préalable et se contente de passer à l'ordre du jour (*Annales Assemblée nationale* 1875, II, p. 209).

Les pétitions peuvent porter une signature ou un nombre indéfini de signatures. Plusieurs textes parlent des pétitions individuelles : Const. an III, art. 364 ; an VIII, art. 83. Quel que soit le nombre des signatures personnelles que porte une pétition, elle reste individuelle. Elle ne cesse de l'être que lorsqu'elle est adressée par une association, une corporation. L'art. 304 de la const. de l'an III et l'art. 83 de la const. de l'an VIII interdisent assurément une semblable pétition. Mais cette interdiction n'est plus certainement en vigueur; elle serait absolument contraire au principe de la liberté d'association et spécialement de la liberté syndicale, qui depuis les lois des 21 mars 1884 et 1er juillet 1901 forment un principe essentiel de notre droit moderne.

Il est certain que les fonctionnaires pris individuellement peuvent adresser des pétitions et les signer avec leur qualité de fonctionnaires. Mais les corps constitués ne peuvent comme tels adresser des pétitions ni au gouvernement ni aux chambres. Sans doute l'art. 364 de la const. de l'an III, qui prohibait les pétitions faites par les associations, permettait les pétitions des autorités constituées pour des objets propres à leurs attributions. Mais cet article, qui est, on vient de le dire, sans force actuellement pour la première disposition, l'est aussi pour la seconde. La loi et les règlements ont déterminé les corps constitués qui peuvent formuler des vœux, l'objet et les conditions de ces vœux; par conséquent, l'envoi par eux d'une pétition serait certainement illégal, puisqu il ne serait pas conforme au mode établi par la loi ou serait le fait de corps auxquels la loi n'a point donné le droit de formuler des vœux. C'est ainsi que les conseils administratifs (conseils généraux, municipaux, d'arrondissement) ne peuvent pas en tant que conseils adresser des pétitions, que les tribunaux administratifs ou judiciaires ne le peuvent pas non plus.

Cependant le 28 février 1835, la chambre des députés a admis une pétition des membres du tribunal civil d'Argentan relative à l'organisation judiciaire, sous prétexte que la loi des 16-24 août 1790 (tit. II, art. 12) donnait aux tribunaux le droit de s'adresser au corps législatif toutes les fois qu'ils croiraient nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle. Mais en 1871, l'Assemblée nationale a écarté par la question préalable une pétition du conseil municipal du Puy demandant le rétablissement du vote par circonscription électorale, malgré les protestations de M. Brisson. Le rapporteur invoquait très justement la disposition de l'art. 24 de la loi de 1837, qui permet aux conseils municipaux de formuler des vœux d'intérêt local, mais leur interdit de publier aucune protestation, proclamation ou adresse. Cf. même disposition L. 5 avril 1884, art. 61, § 4 et 72 (séance 13 mai 1871, *Annales*, III, p. 9). D'ailleurs cette interdiction a été prononcée d'une manière très nette par l'art. 1er de la loi des 18-22 mai 1791 rendue sur le rapport de Le Chapelier : « Le droit de pétition appartient à tout individu et ne peut

être délégué; en conséquence, il ne pourra être exercé en nom collectif par les corps électoraux, judiciaires, administratifs ni municipaux, par les sections des communes, villes, sociétés de citoyens ». On a dit plus haut que la disposition qui prohibe les pétitions adressées par les sociétés de citoyens est aujourd'hui contraire au droit d'association reconnu par nos lois.

Forme en laquelle peut s'exercer le droit de pétition. — Sur ce point notre législation a toujours été très incomplète et elle l'est encore. Aucune règle n'a jamais existé et aucune règle n'existe encore actuellement pour les pétitions adressées au gouvernement. Cependant sous le second empire une commission des pétitions avait été créée au conseil d'Etat par un décret du 18 décembre 1852. On verra plus loin pourquoi l'absence d'une réglementation relative aux pétitions adressées au gouvernement ne présente guère d'inconvénient.

Quant à la forme en laquelle doivent être adressées les pétitions aux chambres, elle est déterminée aujourd'hui par la loi du 22 juillet 1879 (art. 6-9) et par les règlements des chambres, sénat, art. 97 et suiv., chambre, art. 69 et suiv.

Pendant toute la Révolution, les pétitionnaires furent constamment admis à la barre des assemblées pour remettre en personne leurs pétitions, dont parfois même ils donnaient lecture. On sait quels incidents souvent tumultueux, parfois sinistrement grotesques, provoqua cette pratique.

D'après l'art. 83 de la const. de l'an VIII, les pétitions devaient être adressées spécialement au tribunat. Les art. 61 et 65 du sénatus-consulte du 28 floréal an XII autorisent les pétitions adressées aux commissions sénatoriales de la liberté individuelle et de la liberté de la presse. Les art. 53 de la Charte de 1814 et 45 de la Charte de 1830 exigent que toute pétition soit faite et présentée par écrit et interdisent « d'en apporter en personne et à la barre ». En 1848, ni la constitution ni la loi ne réglèrent les formes des pétitions. La chose fut fixée seulement par le règlement de l'Assemblée nationale d'abord et de la Législative ensuite.

La constitution de 1852 (art. 45) spécifiait que le droit de pétition s'exercerait auprès du sénat et qu'aucune pétition ne pourrait être adressée au corps législatif. Mais l'art. 41 du sénatusconsulte const. du 21 mai 1870 autorise les pétitions au corps législatif comme au sénat.

Après la chute de l'empire, la forme des pétitions fut uniquement réglée par les règlements des chambres jusqu'à la loi du 22 juillet 1879.

Aux termes de l'art. 6 de la loi du 22 juillet 1879, toute pétition à l'une ou à l'autre chambre ne peut être faite et présentée que par écrit; il est interdit d'en apporter en personne ou à la barre. Le législateur a voulu très sagement prévenir les incidents graves que peut provoquer l'entrée de pétitionnaires dans l'enceinte législa-

tive. L'art. 7 contient une disposition aussi très sage et destinée à empêcher les attroupements, les tumultes que pourrait provoquer l'exercice du droit de pétition : « Toute infraction à l'article précédent, toute provocation par des discours proférés publiquement ou par des écrits ou imprimés affichés ou distribués, à un rassemblement sur la voie publique ayant pour objet la discussion, la rédaction ou l'apport aux chambres, ou à l'une d'elles, de pétitions, déclarations ou adresses, que la provocation ait été ou non suivie d'effet, sera punie des peines édictées par le § 1er de l'art. 5 de la loi du 7 juin 1848 ». L'art. 7 de la loi de 1879 ajoute qu'il n'est en rien dérogé par les présentes dispositions à cette loi du 7 juin 1848 sur les attroupements.

Quant à la procédure parlementaire pour l'examen des pétitions, elle est déterminée par les règlements des chambres : Règl. sénat, art. 17, § 3, 95-102; Règl. chambre, art. 20, 61-68. Les pétitions doivent être adressées au président du sénat ou de la chambre. Les membres des chambres ne pourraient pas les déposer à la tribune. Les pétitions doivent être signées, et il est de jurisprudence qu'une pétition n'a de valeur que si les signatures en sont légalisées. Les pétitions sont renvoyées à la commission nommée chaque mois dans des bureaux pour l'examen des pétitions. V. *infra*, § 125. Cependant les pétitions relatives à une proposition, dont est actuellement saisie une commission déterminée, sont renvoyées à cette commission. Un feuilleton distribué chaque semaine, s'il y a lieu, à la chambre et chaque mois au sénat, mentionne le nom et le domicile du pétitionnaire, l'indication sommaire de l'objet de la pétition, le nom du rapporteur, la résolution adoptée par la commission avec le résumé succinct de ses motifs. En général, les rapports de pétitions ne doivent être insérés qu'au feuilleton; ils ne sont ni déposés sur le bureau, ni imprimés à part comme les rapports concernant les projets et propositions. Par exception, les assemblées autorisent quelquefois l'impression et la distribution séparée de rapports sur les pétitions, à cause de leur importance exceptionnelle.

La commission des pétitions peut prendre trois décisions différentes : 1° Renvoyer la pétition à un ministre; 2° Soumettre la pétition, indépendamment de ce renvoi, à l'examen de la chambre; 3° Décider qu'il n'y a pas lieu de soumettre la pétition à un examen. Le pétitionnaire est averti de la décision de la commission. Si la pétition est soumise à l'examen de la chambre, celle-ci la discute en séance publique. La chambre peut voter l'ordre du jour sur la pétition, c'est-à-dire décider qu'il ne sera donné aucune suite à la pétition, voter un ordre du jour motivé, voter le renvoi au ministre compétent, renvoi pur et simple ou renvoi « avec le vœu qu'il soit donné à la pétition la plus prompte solution possible ». La chambre peut évidemment toujours voter la question préalable sur la pétition. — Cf. pour plus de détails sur tous ces points de

procédure parlementaire, Pierre, *Traité de droit politique*, 2e édit., 1902, p. 668 et suiv.; *Supplément*, 1906, p. 276 et suiv.

Le droit de pétition aux chambres a eu à certaines époques une importance beaucoup plus grande qu'aujourd'hui. Sous l'application des constitutions qui refusaient aux chambres l'initiative, le droit de pétition fournissait un moyen détourné pour saisir les chambres de questions importantes que ne leur soumettait pas le gouvernement. Aujourd'hui, députés et sénateurs ont un droit d'initiative complet et, de ce chef, le droit de pétition est devenu inutile. D'autre part, la presse, avec la puissance considérable qu'elle a de nos jours, est un moyen autrement puissant pour imposer une question à l'attention des pouvoirs publics que le modeste droit de pétition. Elle peut soulever l'opinion publique et forcer l'action du parlement et du gouvernement, quand des pétitions, même réunissant des milliers de signatures, restent oubliées dans l'*in pace* des commissions parlementaires.

Enfin les pétitions proprement dites adressées au gouvernement deviennent aussi à peu près inutiles. L'individu qui se prétend victime d'un acte arbitraire est, dans le droit moderne, armé de recours contentieux qui garantissent ces droits d'une manière bien plus énergique et effective que la pétition. Par le caractère de généralité que la jurisprudence a donné au recours pour excès de pouvoir, par l'étendue qu'on tend à reconnaitre à la responsabilité de l'Etat et des fonctionnaires, l'individu est de mieux en mieux protégé contre l'arbitraire administratif, et le droit de pétition devient de plus en plus inutile.

88. La liberté religieuse. — Tout individu a incontestablement le droit de croire intérieurement ce qu'il veut en matière religieuse. Cela est proprement la liberté de conscience, qui n'est pas seulement la liberté de ne pas croire, mais aussi la liberté de croire ce que l'on veut. La liberté de conscience ainsi com-

prise échappe forcément et naturellement aux atteintes du législateur, comme la liberté de penser proprement dite. Ni en droit ni en fait le législateur ne peut pénétrer dans l'intérieur des consciences individuelles et leur imposer une obligation ou une prohibition quelconque. Pas plus que la liberté de penser, la liberté de conscience proprement dite n'a besoin d'être affirmée en droit. Les législateurs et les gouvernements l'ont malheureusement souvent oublié et l'oublient parfois encore.

La question de l'intervention de l'Etat ne peut se poser que lorsque les croyances religieuses se manifestent extérieurement, soit par un exposé verbal ou écrit, soit par la pratique du culte correspondant à ces croyances. On s'est demandé souvent ce qui distingue une religion d'une philosophie. Assurément il est impossible de donner un critérium de distinction fixe. Cependant il nous semble que la religion implique d'une part la croyance à certaines propositions d'ordre métaphysique, et d'autre part l'accomplissement de certains rites correspondant à ces croyances, quelque variées que soient ces croyances, quelque caractère que présentent ces rites. En un mot, deux éléments très généraux caractérisent la religion : toute religion implique un certain nombre de dogmes plus ou moins primitifs, plus ou moins compliqués et en second lieu un certain rituel, un certain culte aussi infiniment variable.

Sur la définition de la religion, cons. Morrys Jastrow, *The study of religion*, 1901, p. 171 et suiv.; Chantepie de la Saussaye, *Manuel de l'histoire des religions*, édit. française, 1904, Introduction, p. XV et suiv.; Durkheim, *De la définition des phénomènes religieux*, dans *Année sociologique*, t. II, 1898, p. 4 et suiv.

Cela posé, affirmer la liberté religieuse, c'est d'abord affirmer le droit pour quiconque d'exprimer publiquement par la parole ou par l'écrit ses croyances religieuses. Mais la liberté religieuse ainsi comprise se confond avec la liberté d'opinion. Les auteurs de la Déclaration des droits de 1789 le comprenaient bien,

quand ils disaient : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions *même religieuses*, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ». Cette expression *même religieuses* montre que dans l'esprit des hommes de 1789 il y avait quelque chose de nouveau dans ce respect des opinions religieuses; mais la nouveauté consistait justement dans l'assimilation des opinions religieuses aux opinions politiques, philosophiques, sociales, artistiques, etc... La liberté d'exprimer ses croyances religieuses par la parole et par l'écrit ne se distingue donc en rien de la liberté d'opinion en général, et tout ce qui a été dit précédemment sur les libertés de réunion, d'enseignement, de la presse, doit recevoir son application quand les réunions, l'enseignement et la presse ont pour but de propager des croyances religieuses. Les lois qui garantissent aujourd'hui ces diverses libertés doivent s'appliquer quelles que soient les opinions ou les croyances qui sont exprimées sous la protection de ces lois.

Mais toute religion contient un second élément : le rituel ou culte. Pour que la liberté religieuse existe, il faut que chacun soit libre de pratiquer un culte religieux quelconque, que nul ne soit empêché directement ou indirectement de pratiquer le culte correspondant à ses croyances religieuses, et qu'à l'inverse, nul ne soit contraint directement ou indirectement de pratiquer un culte quelconque. La liberté religieuse, c'est donc essentiellement la liberté du culte. Mais naturellement le principe, en vertu duquel la liberté de chacun doit être limitée dans la mesure où cela est nécessaire pour assurer la liberté de tous, est vrai pour la liberté religieuse comme pour toutes les libertés. En conséquence, le législateur peut et doit intervenir pour réglementer l'exercice extérieur du culte, de manière qu'il ne porte aucune atteinte à la liberté individuelle de qui que ce soit. Le droit que chacun possède de pratiquer librement son culte a pour limite

la liberté physique, intellectuelle et religieuse de tous les autres.

La liberté religieuse ainsi comprise a été très longue à s'établir dans les pays civilisés; et l'on a pu se demander si la France de 1906 respectait vraiment la liberté religieuse. Dans aucun des domaines de la pensée, l'intolérance n'a fait plus sentir son action néfaste. Tout fidèle en effet croit aisément que sa religion seule possède la vérité absolue, la vérité métaphysique et la vérité morale; il veut par suite imposer aux autres ses propres croyances; il y voit facilement l'accomplissement d'un véritable devoir. Il aura naturellement la tentation d'employer la part d'autorité dont il dispose à favoriser et même à imposer la pratique de telle ou telle religion. En outre, dans tous les temps et dans tous les pays, les gouvernants ont vu dans la religion une force tantôt alliée, tantôt ennemie, et par suite ont pratiqué naturellement une politique religieuse de privilège ou d'oppression, de privilège pour la religion dont on faisait un instrument de gouvernement, d'oppression contre la religion dont on redoutait l'influence.

Outre l'art. 10 de la Déclaration des droits de 1789, beaucoup de textes de nos Déclarations, de nos constitutions et de nos lois ont formulé le principe de la liberté religieuse. La const. de 1791 déclarait garantir comme droit naturel et civil « la liberté à tout homme... d'exercer le culte auquel il est attaché » (tit. I, § 2). « Le libre exercice des cultes ne peut être interdit » (Décl. 1793, art. 7). Rapp. const. 1793, art. 122. « Nul ne peut être empêché d'exercer en se conformant aux lois le culte qu'il a choisi. Nul ne peut être forcé de contribuer aux dépenses d'un culte. La République n'en salarie aucun » (Const. an III, art. 334). La formule de la const. de l'an III, d'une exactitude parfaite, était reproduite dans les considérants de la grande loi du 7 vendémiaire an IV relative à la police et à l'exercice extérieur des cultes. Dans la formule du serment que l'art. 53 du sénatusconsulte du 28 floréal an XII imposait à l'empereur, celui-ci devait promettre de respecter et de faire respecter la liberté des cultes. La Charte de 1814 reconnaissait expressément la liberté du culte : « Chacun professe sa religion avec une égale liberté et obtient pour son culte la même protection » (art. 5). Il est vrai qu'on disait à l'art. 6 : « Cependant la religion catholique, apostolique et romaine est la religion de l'Etat ». Rapp. les art. 5 et 6 de la Charte de 1830.

A l'art. 7 de la const. de 1848, on lit : « Chacun professe librement sa religion et reçoit de l'Etat pour l'exercice de son culte une égale protection ». La const. de 1852 donnait au sénat le droit de « s'opposer à la promulgation des lois contraires à la liberté des cultes » (art. 26). Enfin la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des églises et de l'Etat contient un article ainsi conçu : « La république assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public ».

On voit ainsi que ni le nombre ni la précision des textes proclamant le principe de la liberté religieuse n'ont fait défaut depuis 1789. Dans le fait, la liberté religieuse a-t-elle été respectée ? Question extrêmement complexe, qu'il n'est pas possible d'étudier ici dans le détail et dont on doit se borner à examiner les points essentiels.

Conformément au principe formulé dans la Déclaration, l'Assemblée constituante rendit une série de décrets visant les protestants et les juifs : décrets du 24 décembre 1789 déclarant les protestants admissibles à tous les emplois civils et militaires, du 10 juillet et du 9 décembre 1790 relatifs aux héritiers des religionnaires fugitifs, du 28 janvier et du 20 juillet 1790 confirmant les anciens droits des juifs et abolissant les taxes spéciales qui leur étaient imposées.

La constitution civile du clergé. — Mais, vis-à-vis des catholiques, l'Assemblée constituante de 1789 ne respecta peut-être pas aussi bien les conséquences logiques du principe de liberté religieuse proclamé dans la Déclaration. Par le décret du 2 novembre 1789 elle déclarait que tous les biens ecclésiastiques étaient mis à la disposition de la nation ; elle promettait en même temps que la nation assurerait l'entretien des ministres de la religion ; elle fixait même un minimum de 1.200 livres par année pour la dotation de chaque curé, non compris le logement. Puis, continuant la politique autoritaire et gallicane des rois de France, l'Assemblée veut organiser en France une église vraiment nationale, indépendante du Saint-Siège, « le pape ne pouvant être autre chose pour la nation française que l'évêque de Rome ». De là la *constitution civile du clergé* (12 juillet 1790) qui était l'aboutissant normal de la traditionnelle politique gallicane. La *Déclaration des quatre articles* de 1682 et la *Constitution civile* de 1790 sont inspirées par les mêmes principes et sont l'application d'une même politique.

Le titre I de l'acte du 12 juillet 1790 détermine les circonscriptions ecclésiastiques et décide que chaque département formera un seul diocèse. Les seuls titres reconnus par l'administration sont ceux d'évêques et de curés. L'évêque cesse d'être le chef de son diocèse, et devient le président d'un conseil synodal composé « des vicaires de l'église cathédrale, des vicaires supérieurs et directeur du séminaire », conseil synodal sans les délibérations duquel l'évêque ne pourra faire aucun acte de juridiction (Const. civile du clergé,

tit. I, art. 14). Les évêques sont élus suivant les formes établies par la loi du 22 décembre 1789 pour la nomination des membres de l'assemblée du département (*ibid.*, tit. II, art. 3). L'évêque n'a point à demander la confirmation par le Saint-Siège et le pape ne peut point donner cette confirmation : « Le nouvel évêque ne pourra s'adresser au pape pour en obtenir aucune confirmation » (*ibid.*, tit. II, art. 18). Il peut seulement lui écrire « comme au chef visible de l'église universelle, en témoignage de l'unité de foi et de la communion qu'il doit entretenir avec lui » (*ibid.*, tit. II, art. 18). Avant sa consécration, l'évêque élu « doit prêter serment d'être fidèle à la nation, à la loi et au roi et de maintenir de tout son pouvoir la constitution décrétée par l'Assemblée nationale et acceptée par le roi » (*ibid.*, tit. II, art. 21). L'élection des curés doit se faire suivant les formes prescrites par la loi du 22 décembre 1789 pour l'élection des membres du conseil de district (*ibid.*, tit. II, art. 25). Toutefois les curés doivent recevoir l'institution canonique de l'évêque. Mais s'il la refuse, ce refus doit être motivé et l'intéressé peut recourir à la puissance civile (*ibid.*, tit. II, art. 36). Chaque curé choisit ses vicaires, mais ne peut les révoquer (*ibid.*, tit. II, art. 43 et 44). Les curés élus et institués doivent prêter le même serment que les évêques (*ibid.*, tit. II, art. 38). Enfin le titre III réglait le traitement des ministres du culte.

Cette organisation du culte catholique était absolument contraire aux principes mêmes d'organisation de l'église romaine ; et le Saint-Siège ne pouvait évidemment l'accepter. En effet, après toutefois d'assez longues hésitations, par un bref du 13 avril 1791, Pie VI déclara la loi portant constitution civile du clergé de France hérétique et schismatique, frappa de nullité toutes les élections qui auraient été faites ou qui seraient faites en vertu de ses dispositions et donnait quarante jours aux prêtres qui auraient prêté le serment pour le rétracter, faute de quoi ils seraient suspendus. En outre et par là même cette loi était une atteinte directe à la liberté religieuse, à la liberté du culte catholique. Que l'Etat déclare ne reconnaitre aucun culte, il le peut ; il le doit même ; il ne porte point ainsi atteinte à la liberté religieuse s'il laisse tous les cultes s'exercer librement. Mais ce n'était point ce que faisait l'Assemblée : elle voulait faire au contraire du culte catholique un culte national et officiel, et lui donnait de sa seule autorité une organisation qui était en contradiction évidente avec les lois de l'église, notamment en décidant que les évêques seraient institués sans la confirmation du pape. Comme il ne pouvait pas y avoir d'autres ministres de la religion catholique, ni évêques, ni curés, que ceux qui avaient été institués suivant la constitution nouvelle et qui avaient prêté le serment exigé par elle, les catholiques ne pouvaient plus exercer leur culte, puisque pour l'exercer légalement ils auraient été obligés de s'adresser à des ministres schismatiques. M. Briand, dans son rapport à la chambre des députés sur le projet

de loi devenu la loi du 9 décembre 1905, parle de l'erreur législative de l'Assemblée nationale (*J. off., doc. parlem.*, chambre, sess. extraord., 1904, p. 263). Il eût été plus exact de dire, l'attentat de l'Assemblée nationale à la liberté du culte catholique.

Le régime des cultes sous la Convention et le Directoire. — On ne saurait énumérer ici toutes les décisions prises par l'Assemblée nationale, la Législative et la Convention contre les prêtres *réfractaires* ou *insermentés*, c'est-à-dire ayant refusé de prêter le serment exigé par la constitution civile. On citera seulement le décret du 27 novembre 1790, le décret du 29 novembre 1791 qui décide que tous les ecclésiastiques qui n'ont pas prêté le serment sont réputés suspects de révolte contre les lois et de mauvaise intention contre la patrie, placés sous la surveillance des autorités et arrêtés en cas de trouble, le décret du 26 août 1792 qui ordonne la déportation de tous les prêtres insermentés, les décrets des 14 février 1793, 18-22 mars 1793, 23-24 avril 1793. Le décret du 18 mars 1793 prononce la peine de mort contre les prêtres insermentés arrêtés sur le territoire de la république. Excellente façon d'appliquer le principe de la liberté de conscience et de la liberté des cultes !

La seule solution du problème religieux qui s'accordât avec le programme jacobin était la création d'une religion d'Etat. La tentative faite en ce sens par l'Assemblée constituante ayant échoué, la Convention devait être amenée, par la logique des choses, à la constitution d'un culte officiel nouveau. C'est à cet ordre d'idées que répondent assurément les tentatives faites pour instituer, comme culte officiel de la République française, le culte de la Raison d'abord, le culte de l'Etre suprême ensuite. Le décret du 20 brumaire de l'an II, rendu sur la demande de la Commune de Paris et du clergé de Paris, venus en cortège à la Convention, avec Chaumette, procureur de la Commune, et Gomel, évêque de Paris, à leur tête, décide que, « sur la demande des citoyens de Paris, l'église métropolitaine de Paris est désormais le temple de la Raison ». Cf. Buchez et Roux, *Histoire parlem. de la Révolution*, XXX, p. 180 et suiv. — Le 18 frimaire an II, dans le but de neutraliser l'action des Hébertistes, qui affirmaient que les doctrines matérialistes étaient seules compatibles avec les principes révolutionnaires, Robespierre fait rendre par la Convention un décret dont l'article 1[r] porte : « Toutes violences et mesures contraires à la liberté des cultes sont défendues ». Il était d'ailleurs spécifié dans le décret qu'étaient maintenues toutes les lois et précautions de salut public contre les prêtres réfractaires et turbulents ou tous ceux qui tenteraient d'abuser du prétexte de la religion pour compromettre la cause de la liberté (art. 3). La Convention invitait par le même décret (art. 3) « au nom de la patrie, tous les bons citoyens à s'abstenir de toute dispute théologique ». — Cf. le discours très curieux prononcé par Robespierre au club des Jacobins, le 1[er] frimaire an II, et qui annonce ce décret, Buchez et Roux, XXX, p. 272. Le dé-

cret du 18 frimaire an II n'était que le prélude du décret du 18 floréal an III instituant la religion officielle de l'Etre suprême, dont Robespierre voulait devenir le grand prêtre et qui, dans sa pensée, devait être avant tout un instrument de dominatiou. Cf. le rapport fait par Robespierre au nom du Comité de salut public, sur les rapports des idées religieuses et morales avec les principes républicains, et sur les fêtes nationales, le 18 floréal an II, Buchez et Roux, XXXII, p. 353. Le décret du 18 floréal an II contient tout un système religieux avec un dogme et une morale où l'inspiration de Rousseau est évidente. Cons. Aulard, *Le culte de la Raison et le culte de l'Etre suprême 1793-94*, 1 vol. in-18, 1892. Id., *Histoire politique de la Révolution*, 1901, p. 466 et suiv.

La journée du 9 thermidor vint mettre fin au rêve de Robespierre et délivrer la France du despotisme sanguinaire qu'il faisait peser sur elle. La Convention comprit enfin que la seule solution vraiment démocratique et seule conforme au principe de la liberté religieuse est d'établir une séparation complète des cultes et de l'Etat. Elle porte le décret du 2e jour des sans-culottides de l'an II, dont l'art. 1 déclare : « La République française ne paie plus les frais ni les salaires d'aucun culte ». Ce même décret attribue des pensions aux ministres du culte en fonctions ou qui ont cessé leurs fonctions. Par le décret du 3 ventôse an III. voté sur le rapport de Boissy d'Anglas (*Moniteur*, réimpression, XXIII, p. 523), la Convention rappelle que l'art. 7 de la Déclaration des droits et l'art. 122 de la const. de 1793 ont formulé le principe qu'aucun culte ne peut être troublé ; elle décide que la République n'en salarie aucun, qu'elle ne fournit aucun local ni pour l'exercice du culte, ni pour le logement des ministres ; que tout rassemblement de citoyens pour l'exercice d'un culte quelconque est soumis à la surveillance des autorités constitutées, mais punit quiconque troublerait par violence les cérémonies d'un culte quelconque (art. 10). C'était incontestablement la liberté des cultes. De fait, dès ce moment, le culte catholique fut repris publiquement dans diverses parties de la France. Le décret du 11 prairial an III remit à la disposition des fidèles, pour y célébrer leur culte, « les édifices non aliénés destinés autrefois aux exercices d'un ou plusieurs cultes ». La constitution du 5 fructidor an III donne le caractère constitutionnel aux principes formulés dans les décrets du 2e sans-culottides de l'an II et du 3 ventôse an III. Enfin la loi du 7 vendémiaire an IV contient une réglementation minutieuse de l'exercice et de la police extérieure des cultes ; elle est précédée de considérants où on rappelle qu'aux termes de la constitution nul ne peut être empêché d'exercer le culte qu'il a choisi, que nul ne peut être forcé de contribuer aux dépenses d'aucun culte et que la République n'en salarie aucun. Les précautions de police prises par cette loi étaient certainement exagérées, notamment les déclarations que les articles 4 et 6 imposaient à tous les ministres du culte. Cela ouvrait une large porte à

l'arbitraire du gouvernement. Néanmoins on a pu dire exactement que ces trois lois avaient établi en France le régime de la séparation des églises et de l'Etat et en même temps réalisé dans le fait la liberté religieuse. Cf. Aulard, *Histoire politique de la Révolution*, 1901, p. 523-532.

Ce régime de liberté, fondé sur la séparation des églises et de l'Etat, dure jusqu'au concordat de 1802. Ce n'est point à dire que pendant ces sept années aucun attentat à la liberté religieuse n'ait été commis. C'est surtout après le coup d'Etat du 18 fructidor an V qu'invoquant le « péril clérical », le directoire et la majorité nouvelle du corps législatif suivent une politique antireligieuse. On citera notamment la loi du 19 fructidor an V qui impose à tous les ministres du culte l'obligation « de prêter serment de haine à la royauté et à l'anarchie, d'attachement et de fidélité à la république et à la constitution de l'an III ». L'art. 24 de cette même loi du 19 fructidor an V investit le directoire « du pouvoir de déporter par des arrêts individuels motivés les prêtres qui troubleraient dans l'intérieur la tranquillité publique ». « C'est surtout, dit M. Aulard, dans l'application de cet article 24 que consista la persécution antireligieuse signalée si souvent dans les histoires catholiques de la période directoriale » (*loc. cit.*, p. 663). Il y avait évidemment là un monstrueux attentat non seulement à la liberté religieuse, mais aussi à la liberté individuelle. Cependant il ne semble pas que ces persécutions individuelles aient eu pour résultat d'interrompre le culte catholique romain dans un seul département. Mais il est certain qu'après le 18 fructidor le directoire poursuivit méthodiquement le dessein d'établir une religion officielle, un culte d'Etat, le culte décadaire, qu'il voulait substituer au catholicisme. Par une série d'arrêtés et de circulaires, le gouvernement essaie de rendre général le chômage du décadi au détriment du dimanche et fait célébrer le culte décadaire dans les églises paroissiales. Il y avait là autant de violations du principe de liberté religieuse et de neutralité de l'Etat en matière de religion. Pas plus que l'Assemblée nationale et que la Convention, le Directoire ne sut donner au pays la paix religieuse.

Sur les rapports de l'Eglise et de l'Etat pendant la Révolution, cons. Aulard, *Histoire politique de la Révolution*, 1901, p. 466, 532, 649 et 661 ; Pressensé, *L'Eglise et la Révolution ;* Bérard, *Séparation de l'Eglise et de l'Etat pendant la Révolution*, thèse Paris, 1905.

Le concordat de 1802. L'union des églises et de l'Etat. — Quoi qu'on pense du concordat de 1802 et des raisons vraies qui décidèrent Napoléon à le signer, il n'est pas douteux qu'il donna pendant un temps la paix religieuse à la France. La convention du 16 messidor-23 fructidor an IX, conclue entre le gouvernement français et le pape Pie VII et connue sous le nom de *concordat de 1802*, est précédée de la double déclaration suivante : « Le gouvernement de

la République française reconnaît que la religion catholique, apostolique et romaine est la religion de la grande majorité des citoyens français. Sa Sainteté reconnaît également que cette même religion a retiré et attend encore en ce moment le plus grand bien et le plus grand éclat de l'établissement du culte catholique en France et de la profession particulière qu'en font les consuls en France ». Les clauses de la convention concordataire se résument dans les sept points suivants : 1° La religion catholique, apostolique et romaine doit être librement exercée en France; son culte est public et ce conformément aux règlements de police que le gouvernement jugera nécessaires pour la tranquillité publique; 2° Il sera fait par le Saint-Siège, de concert avec le gouvernement français, une nouvelle circonscription des diocèses français; 3° Le gouvernement français nomme les titulaires des archevêchés et des évêchés; le Saint-Siège donne l'institution canonique suivant les formes établies par rapport à la France sous l'ancien régime; 4° Les évêques nomment aux cures; mais leur choix ne peut porter que sur des personnes agréées par le gouvernement;5° Toutes les églises non aliénées sont remises à la disposition des évêques; 6° L'église déclare renoncer à toute revendication des anciens biens ecclésiastiques, et en retour le gouvernement assurera un traitement convenable aux évêques et aux curés dont les diocèses et les paroisses seront compris dans les circonscriptions nouvelles (art. 13 et 14) ; 7° Dans le cas où un des successeurs du premier consul ne serait pas catholique, la nomination aux évêchés sera réglée par une nouvelle convention.

Sur le concordat, cons. Consalvi, *Mémoires*, avec introduction et notes de Crétineau-Joly, 1864; Comte d'Haussonville, *L'Eglise romaine et le premier empire*, 5 vol., 1864-79; Cardinal Mathieu, *Le concordat de 1801*, 1902; Beaudrillart, *Quatre cents ans de concordat*, 1905; Aulard, *Revue de Paris*, 1er mai 1897.

La loi du 18 germinal an X, qui promulguait le concordat, promulguait en même temps les Articles organiques de la convention. Ils contenaient une série de dispositions très rigoureuses sur l'exercice du culte catholique en France. La plupart était la reproduction des règles suivies sous l'ancien régime, par exemple celle-ci : « Aucune bulle, bref, rescrit, décret de la cour de Rome... ne pourront être reçus, publiés, imprimés ni autrement mis à exécution sans l'autorisation du gouvernement » (art. 1). D'après le gouvernement, ces dispositions étaient portées en vertu de l'art. 1 du concordat, d'après lequel le culte catholique s'exercerait librement et publiquement, mais en se conformant « aux règlements de police que le gouvernement jugera nécessaires pour la tranquillité publique ». Cf. le rapport de Portalis, 15 germinal an X. Cependant le Saint-Siège n'a jamais reconnu les articles organiques.

La loi du 18 germinal an X contenait aussi les articles organiques du culte protestant. Le culte protestant était reconnu par

l'Etat, qui rétribuait les pasteurs agréés par lui. Les dispositions de l'an X, relatives au culte protestant, ont été modifiées et complétées par le décret-loi du 25 mars 1852 et la loi du 1er août 1879. En l'an X, il n'était pas question du culte israélite. La loi du 8 février 1831 mit à la charge de l'Etat le traitement des ministres de ce culte, et l'ordonnance du 25 mai 1844 en régla l'organisation.

Sous le premier empire, on doit signaler le décret du 15 février 1810, qui déclare loi générale de l'empire la Déclaration des *quatre articles* de 1682, le décret du 28 février 1810, modifiant quelques dispositions des articles organiques, le concordat dit de Fontainebleau, que Napoléon imposa au pape Pie VII, prisonnier à Fontainebleau, et qui fut désavoué par ce dernier.

La Charte de 1814, tout en déclarant (art. 5) que chacun professe sa religion avec une égale liberté et obtient pour son culte la même protection, portait cependant : « La religion catholique, apostolique et romaine est la religion de l'Etat » (art. 6 et 7). Il y avait évidemment contradiction. La reconnaissance d'une religion d'Etat est inconciliable avec le principe de la liberté religieuse. Dire qu'une religion est la religion de l'Etat, c'est dire que l'Etat ne reconnaît comme vraie que cette seule religion. Dès lors, il est matériellement impossible que le législateur de cet Etat fasse des lois qui respectent véritablement la liberté religieuse de tous. La Restauration, en proclamant la religion catholique religion d'Etat, violait le principe de la liberté religieuse de la même manière que la Convention et le Directoire voulant établir une religion officielle, culte de la Raison, de l'Etre suprême ou culte décadaire. La religion catholique étant déclarée religion de l'Etat, une loi comme celle du 18 novembre 1814 sur le repos du dimanche, imposant à tous les marchands, restaurateurs, cabaratiers, etc., de fermer leurs établissements le dimanche sous peine d'amende, était parfaitement logique, bien qu'elle fût une atteinte directe à la liberté religieuse. Cette loi a été virtuellement abrogée par l'effet de la Charte de 1830, d'après laquelle la religion catholique cessait d'être religion de l'Etat. Mais elle n'a été expressément abrogée que par la loi du 12 juillet 1880. La loi du 20 avril 1825 sur le sacrilège était aussi une conséquence assez logique de la reconnaissance de la religion catholique comme religion de l'Etat : tout acte en effet qui, d'après cette religion, constitue un sacrilège, est une infraction dirigée contre la chose publique, puisque la religion de l'Etat est, par là même, chose publique. Il n'est pas douteux que cette loi du sacrilège fût une profonde atteinte à la liberté religieuse. Très éloquemment combattue en 1825 par les orateurs libéraux Molé, Broglie et même Chateaubriand, elle fut abrogée par la loi du 11 octobre 1830.

On rappelle pour mémoire le concordat de 1817 conclu par le roi avec Pie VII à l'insu du ministère. Il rétablissait le concordat de 1516, créait de nouveaux diocèses et abrogeait expressément les articles organiques de l'an X, que le pape n'avait point reconnus.

Quand ce concordat fut porté à la connaissance du ministère et des chambres, il souleva une telle réprobation qu'à la suite de laborieuses négociations le pape dut faire connaître au clergé que le nouveau concordat était suspendu. En fait, il fut oublié et le concordat de 1802 subsista tel quel. — Cf. Debidour, *Rapports de l'église et de l'Etat*, 1898, p. 298 et suiv.

D'après la Charte de 1830, la religion catholique cesse d'être la religion de l'Etat ; elle est déclarée seulement « la religion professée par la majorité des Français », simple constatation de fait qui n'engage à rien (art. 6). Pendant la période qui commence en 1830 et qui s'étend jusqu'à la loi de séparation du 9 décembre 1905, la question de la liberté religieuse se confond presque avec la question de la liberté d'enseignement. Cf. §§ 84 et 85.

Observations. — L'art. 1, § 3 de la loi const. du 16 juillet 1875 portait ceci : « Le dimanche qui suivra la rentrée des chambres, des prières publiques seront adressées à Dieu dans les églises et dans les temples pour appeler son secours sur les travaux des assemblées ». Cette disposition fut très attaquée comme contraire à la liberté religieuse. Cependant nous ne croyons pas qu'elle le fût. Ce n'était pas, en effet, la reconnaissance légale d'une religion déterminée ; c'était une affirmation religieuse sans doute, mais une affirmation abstraite, sans désignation de culte, puisque le législateur demandait des prières dans les églises et dans les temples. D'autre part, la constitution n'imposait à personne, pas même aux fonctionnaires, l'obligation d'assister à ces prières. Cependant le texte a été abrogé par la loi const. du 14 août 1884, art. 4.

On s'est demandé si les dispositions de nos codes, qui font une place assez importante au serment, ne sont pas une violation du principe de liberté religieuse, par exemple les art. 1357 et suiv. du code civil sur le serment en matière civile, l'art. 262 code proc. civile, les art. du code pénal imposant le serment aux jurés, aux témoins, aux experts, le serment imposé aux magistrats au moment de leur entrée en fonction, aux avocats, etc... Une loi du 30 juin 1906 vient de supprimer le serment imposé aux pharmaciens par la loi du 21 germinal an XI, art. 16.

Ces dispositions ne sont pas une atteinte à la liberté religieuse ; mais elles sont certainement une atteinte à la liberté philosophique. Le serment n'est pas, tel que le conçoit la loi française, un acte religieux, un acte rituel, mais un acte impliquant une certaine opinion métaphysique. C'est l'acte par lequel on prend à témoin un être supérieur à l'homme que telle chose est vraie ou n'est pas vraie, qu'on fera on qu'on ne fera pas telle chose ; par conséquent, il implique que celui qui le prête croit à l'existence d'un être supérieur à l'homme. L'obligation de prêter serment pour quiconque ne croit pas à l'existence d'un être supérieur est évidemment une atteinte à la liberté de conscience. Mais celui qui croit à Dieu, sans avoir une religion positive, ne peut pas se plaindre, parce que la loi ne lui

impose point un acte rituel. Aucun des projets de loi, qui avaient été présentés en 1881-82 pour permettre à ceux qui le demandaient de faire une promesse solennelle au lieu de prêter serment, n'a abouti.

Certaines décisions de la jurisprudence (notamment un arrêté de la cour de cassation du 28 mai 1882 (D., 82, I, 387) ont permis aux témoins ou aux jurés de prêter serment dans la forme prescrite par leur religion. Ces décisions sont, à notre sens, très critiquables : elles impliquent que le serment est un acte rituel; il n'est pas cela dans notre droit. D'autre part, le code d'instr. crim. a déterminé la forme du serment pour tous; il ne peut appartenir aux tribunaux de la modifier.

89. La séparation des églises et de l'Etat. — Au moment où a été promulguée la loi du 9 décembre 1905 relative à la séparation des églises et de l'Etat, trois cultes, les cultes catholique, protestant et israélite étaient dans une situation spéciale. Leurs ministres étaient rétribués sur le budget de l'Etat; celui-ci, en retour, participait à leur nomination. La pratique de ces cultes était placée sous un régime de police spécial. — Quant aux autres cultes, ils étaient soumis à un régime de police d'autant plus arbitraire qu'il n'était réglementé que d'une manière tout à fait sommaire par le décret du 19 mars 1859. Aucun culte non reconnu par l'Etat ne pouvait tenir ses réunions qu'avec une autorisation expresse de l'autorité administrative (D. 19 mars 1859, art. 3). Assurément depuis la loi du 30 juin 1881, même les réunions tenues dans le but d'exercer un culte pouvaient avoir lieu librement, puisque cette loi établit la liberté de réunion, quel que soit le but de la réunion. Mais chaque réunion cultuelle devait alors être précédée de la déclaration exigée par l'art. 2 de la loi de 1881. Ainsi, même depuis cette loi, un culte non reconnu ne pouvait être exercé publiquement d'une manière permanente qu'avec l'autorisation du gouvernement, conformément au décret du 19 mars 1859.

Depuis longtemps ce régime des cultes était l'objet de vives critiques. D'une part on disait justement que les cultes non reconnus par l'Etat étaient soumis à un régime de police tout à fait arbitraire, que par exem-

ple les boudhistes, les musulmans résidant en France, devaient avoir le droit de célébrer librement leur culte. Quant au régime des cultes reconnus par l'Etat, il est, disait-on, la négation même du principe de liberté religieuse et du principe de neutralité de l'Etat qui en est la condition. D'abord les ministres des cultes étant rétribués par l'Etat, et le gouvernement intervenant dans leur nomination, ils ne peuvent pas avoir, dans l'exercice de leur ministère, l'indépendance complète qu'implique un vrai régime de liberté religieuse. Le clergé est alors un clergé de fonctionnaires. On peut discuter théoriquement le point de savoir si les ministres du culte sont ou non des fonctionnaires. On ne saurait empêcher le gouvernement qui les nomme et qui les paie de les traiter comme des fonctionnaires. Comment d'ailleurs une église peut-elle accepter qu'un Etat laïque intervienne, sous une forme quelconque, dans la nomination de ses ministres? Cette intervention n'est concevable logiquement que dans les Etats dont le chef politique est en même temps un chef religieux ; autrement elle est pour les vrais croyants un empiétement intolérable du prince sur le domaine de la conscience religieuse.

D'autre part le système des cultes reconnus et rétribués par l'Etat viole le principe de la liberté religieuse en forçant les citoyens qui ne pratiquent aucun culte ou qui appartiennent à des religions différentes, à participer aux dépenses d'un culte qu'ils ne pratiquent pas. Le libre-penseur, qui considère que toutes les religions ne sont que mensonge et sorcellerie, produits de l'ignorance et de la superstition, qu'il faut travailler énergiquement à soustraire l'humanité à leur influence néfaste, se trouve obligé de subventionner pour sa part d'impôt les ministres de ces religions. Un pareil régime ne saurait être un régime de liberté religieuse. On dit, il est vrai, que dans tous les grands pays beaucoup de citoyens concourent à des dépenses dont ils ne profitent point, dont ils ne profiteront

jamais, que par exemple le paysan des Cévennes, des Alpes ou des Pyrénées contribue pour sa part d'impôt aux dépenses du Louvre ou de l'Opéra, où il ne mettra jamais les pieds. C'est vrai, peut-on répondre, mais la contribution à ces dépenses n'est point une atteinte à la liberté de conscience comme peut l'être la contribution aux dépenses d'une religion que l'on croit fausse. En outre, le développement de l'art sous toutes ses formes est certainement indispensable à la grandeur et à la prospérité d'un pays, par conséquent le contribuable qui ne mettra jamais les pieds au Louvre ou à l'Opéra peut être légitimement tenu de contribuer à ces dépenses, parce que par là il apporte sa part à des dépenses d'intérêt général. Les partisans du budget des cultes ont répondu qu'on ne voit pas comment les ballets plus ou moins décolletés que donne l'Opéra contribuent à la grandeur du pays et au développement de l'art. Mais cela prouverait que l'Etat a tort de subventionner un théâtre où l'on donne des ballets, mais non point qu'il doit payer les ministres de certaines religions.

Au point de vue purement théorique, il n'est pas douteux que le régime des cultes, antérieur à la loi de séparation (L. 9 décembre 1905), était contraire au principe même de la liberté religieuse et de la liberté d'opinion, et aussi au principe de l'égalité des citoyens. Mais on peut se demander s'il était opportun d'établir une séparation complète, absolue, entre l'Etat français et l'église catholique. Quoi qu'on dise, l'église catholique représente encore une force morale considérable; elle est une grande collectivité internationale puissamment hiérarchisée. Depuis quatorze siècles, la France est un pays catholique; elle compte encore des millions de catholiques pratiquants, et plus de 60.000 églises ouvertes au public. Dans ces conditions, n'était-il pas plus politique et plus sage de maintenir, en l'adaptant aux besoins nouveaux, le régime concordataire ? De bons esprits le pensaient et le pen-

sent encore. Le suffrage universel paraît cependant avoir approuvé cette séparation aux élections des 6 et 20 mai 1906. L'avenir, et un avenir prochain, nous apprendra si la loi du 9 décembre 1905 peut assurer au pays la paix religieuse, le plus précieux des biens.

Les circonstances ont d'ailleurs amené le vote précipité de cette loi du 9 décembre 1905, réalisant la séparation des églises et de l'Etat. Au moment où le ministère Combes arrivait au pouvoir, en juin 1902, après les élections générales de mai 1902, ni le gouvernement ni la majorité du parlement ne songeaient à la séparation. Le ministère Waldeck-Rousseau avait fait voter la loi du 1er juillet 1901 sur les associations et les congrégations, et il semblait que la mise à exécution de cette loi ouvrait un champ suffisamment large à l'activité anti-cléricale du nouveau ministère. Cf. déclaration du ministère Combes et discours de M. Combes, président du conseil à la chambre, 10 juin 1902, *Année polit.*, 1902, p. 150. Mais divers incidents, dans le courant de l'année 1904, hâtèrent les événements. Ce fut d'abord la protestation du Saint-Siège (28 avril 1904), à propos de la visite officielle faite à Rome, au roi d'Italie, par M. Loubet, président de la république française, chef d'un Etat catholique. Ce furent les lettres du secrétaire d'Etat du Vatican, enjoignant aux évêques de Dijon et de Laval d'être à Rome dans la quinzaine, sous menace des peines canoniques les plus sévères. A la suite de ces faits, la chambre des députés, peu de jours après la chute du ministère Combes et l'avènement du ministère Rouvier, votait l'ordre du jour suivant : « La chambre, constatant que l'attitude du Vatican a rendu nécessaire la séparation des églises et de l'Etat et comptant sur le gouvernement pour en faire aboutir le vote immédiatement après le budget et la loi militaire..., passe à l'ordre du jour » (10 février 1905, voté par 386 voix contre 111). Dans le courant de l'année 1905, la loi était en effet votée (loi du 9 décembre 1905). Elle a été complétée par trois règlements d'administration publique, faits en application de l'art. 43, § 1. D. 29 décembre 1905, relatif aux inventaires; D. 19 janvier 1906, relatif aux retraites et allocations des ministres du culte; D. 16 mars 1906, relatif aux associations cultuelles. Cf. le rapport présenté au conseil d'Etat par M. Saisset-Schneider, *Le Temps*, 21 et 22 juillet 1906 (très important). V. *Rapport* de M. Briand à la chambre, *J. off., doc. parlem.*, chambre, 1904, sess. extraord., p. 254 et suiv., long rapport intéressant. Discussion à la chambre des députés, séances du 21 mars 1905 et les cinquante séances suivantes, particulièrement les discours de M. Ribot, séance du 3 avril 1905; de M. Briand, séance du 3 juillet. *Rapport* au sénat, sur la séparation des églises et de l'Etat, par M. Maxime Lecomte, *J. off., doc. parlem.*, sénat, 1905, p. 529. La discussion a commencé au sénat le 10 novembre 1905; elle a été beaucoup moins longue et

moins brillante qu'à la chambre. V. cependant les discours de MM. Gourjut, Ch. Dupuy, de Lamarzelle contre la séparation, et le discours de M. Monis pour la séparation.

Le but de la loi du 9 décembre 1905 a été, d'après ses auteurs, d'établir, pour la première fois en France, un régime de liberté religieuse, d'assurer à chacun le libre exercice de son culte, d'établir la neutralité complète de l'Etat, qui désormais ne doit reconnaître, ni salarier, ni subventionner aucun culte. Sous la rubrique *Principes*, au titre I, le but de la loi est ainsi affirmé : « La république assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice du culte sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public. La république ne reconnait, ne salarie ni ne subventionne aucun culte... » (art. 1 et 2). Le rapporteur, les ministres et les orateurs qui ont défendu ce projet de loi ont affirmé que la loi était libérale, qu'elle devait être libérale, qu'elle était faite pour assurer vraiment la liberté des cultes. M. Briand écrivait dans son rapport : « Le régime nouveau des cultes qui vous est proposé touche à des intérêts si délicats et si divers, il opère de si grands changements dans des coutumes séculaires, qu'il est sage avant tout de rassurer les susceptibilités éveillées des fidèles, en proclamant solennellement, que non seulement la république ne saurait opprimer les consciences ou gêner dans ses formes multiples l'expression extérieure des sentiments religieux, mais encore qu'elle entend respecter et faire respecter la liberté de conscience et la liberté des cultes » (*loc. cit.*, p. 289).

Rapp. discours à la chambre de M. Bienvenu-Martin, ministre des cultes, séance 4 avril 1905, le rapport de M. Maxime Lecomte au sénat (*loc. cit.*, p. 529).

Au contraire, les orateurs du parti catholique ont dit et répété au parlement et au dehors que la loi de séparation n'était point une loi de liberté, qu'elle n'en avait que l'apparence et qu'au fond, elle n'avait d'autre but que d'arriver à la suppression du culte catholique en France.

Cf. notamment les discours de M. de Lamarzelle au sénat, séance 16 novembre 1905, de M. de Ramel à la chambre dans la discussion de l'interpellation Allard sur les incidents provoqués par les inventaires faits en exécution de la loi de séparation, séance du 1er février 1906.

Dans l'encyclique *Vehementer nos* du 11 février 1906, le pape Pie X a vigoureusement protesté contre la loi du 9 décembre 1905 et contre la séparation elle-même « qui, basée sur le principe que l'Etat ne doit reconnaître aucun culte religieux, est tout d'abord très gravement injurieuse pour Dieu ». « C'est pourquoi, est-il dit à la fin de l'encyclique, nous réprouvons et condamnons la loi votée en France sur la séparation de l'Eglise et de l'Etat comme profondément injurieuse vis-à-vis de Dieu, qu'elle renie officiellement en posant en principe que la république ne reconnaît aucun culte. Nous la réprouvons et condamnons comme violant le droit naturel, le droit des gens... Nous protestons solennellement et de toutes nos forces contre le vote et contre la promulgation de cette loi, déclarant qu'elle ne pourra jamais être alléguée contre les droits imprescriptibles et immuables de l'Eglise pour les infirmer ». V. le texte complet de l'encyclique, *Le Temps*, 18 février 1906. Rapp. *Allocution consistoriale*, 21 février 1906, *Petit Temps*, 23 février 1906.

L'encyclique *Vehementer* était une protestation théorique contre le principe même de la loi de séparation. Elle annonçait qu'en temps opportun des instructions sur la conduite à tenir seraient données par le pape à l'épiscopat français. Par l'encyclique *Gravissimo officii munere* du 10 août 1906, Pie X décrète « que relativement aux associations cultuelles telles que la loi les impose, elles ne peuvent absolument pas être formées sans violer les droits sacrés qui tiennent à la vie elle-même de l'Eglise ». V. le texte complet de l'encyclique *Gravissimo*, *Le Temps*, 15 août 1906. L'assemblée des évêques de France avait adopté, le 31 mai 1906, à la majorité de 22 voix, sur le rapport de Mgr Fulbert-Petit, archevêque de Besançon, un projet de statuts d'associations, qui auraient reçu le nom d'*associations fabriciennes* et d'*unions d'associations fabriciennes*, associations à la fois canoniques et légales et qui auraient permis au culte catholique de s'organiser conformément à la fois au droit canonique et à la loi du 9 décembre 1905. V. le rapport de Mgr Fulbert-Petit, archevêque de Besançon, et le projet de statuts des associations fabriciennes, *Le Petit Temps*, 26 août 1906. Rap. le mémoire de Mgr Fuzet, archevêque de Rouen, *Le Siècle*, 28 août 1906. L'encyclique du 10 août 1906 déclare interdire même ces associations à la fois canoniques et légales. On y lit : « Mettant donc de côté ces associations (cultuelles), que la conscience de notre devoir nous défend d'approuver, il pourrait paraître opportun d'examiner s'il est licite d'essayer à leur place quelque autre genre d'association à la fois légale et canonique et

préserver ainsi les catholiques de France des graves complications qui les menacent... La loi restant telle qu'elle est, nous déclarons qu'il n'est point permis d'essayer cet autre genre d'association, tant qu'il ne *constera* pas, d'une façon certaine et légale, que la divine constitution de l'Eglise, les droits immuables du pontife romain et des évêques et leur autorité sur les biens nécessaires à l'Eglise, particulièrement sur les édifices sacrés, seront irrévocablement dans lesdites associations en pleine sécurité... » Cf. le commentaire de l'encyclique du 10 août 1906 (*Gravissimo*), par Mgr Touchet, évêque d'Orléans, *Le Gaulois*, 3 septembre 1906; *Lettre* des évêques au clergé et aux fidèles de France, 7 septembre 1906, *Le Temps*, 20 septembre 1906.

Nous devons ici faire abstraction des circonstances qui ont précédé le vote de la loi, des intentions secrètes ou avouées de tel ou tel ministre (cf. notamment la circulaire de M. Briand, 1er septembre 1906, *Le Temps*, 2 septembre), des discours de tels ou tels orateurs et aussi des protestations pontificales. La loi se suffit à elle-même; nous devons la prendre telle quelle et rechercher si ses dispositions sont ou non conformes aux vrais principes de la liberté religieuse.

Il n'est pas douteux que le gouvernement français, en acceptant la suppression du budget des cultes et la séparation d'avec l'Eglise catholique avant d'avoir dénoncé le concordat suivant les formalités diplomatiques, a commis une incorrection grave au point de vue diplomatique. M. Despagnet, tout en enseignant que les concordats ne sont pas véritablement des traités internationaux, écrit : « Il n'est pas douteux que la situation de souverain reconnue en fait au Souverain-Pontife et le caractère synallagmatique des conventions conclues avec lui commandent de ne mettre fin aux concordats que par une dénonciation régulière, comme pour les traités internationaux » (Despagnet, *Droit international public*, 3e édit., 1905, p. 173). Cf. Discours de M. Ribot, chambre, séance 3 avril 1905.

Le premier reproche fait à la loi elle-même par le parti catholique est de supprimer le traitement que l'Etat payait en vertu du concordat de l'an X aux ministres du culte catholique. On invoque le texte même de la loi du 2 novembre 1789, mettant tous les biens ecclésiastiques à la disposition de la nation, à la charge de pourvoir en retour, d'une manière convenable, aux frais du culte, à l'entretien de ses ministres. On invoque aussi l'art. 2 du titre V de la const. de 1791 : « Sous aucun prétexte, les fonds nécessaires à l'acquittement de la dette nationale et au paiement de la liste civile ne pourront être ni refusés ni suspendus. Le traitement des ministres du culte catholique, pensionnés, conservés, élus ou nommés en vertu des décrets de l'Assemblée nationale constituante, fait

partie de la dette nationale ». Enfin le rapprochement des art. 13 et 14 du concordat semble établir qu'un contrat synallagmatique est intervenu entre l'Eglise et le gouvernement français. L'Eglise promet de ne « troubler en aucune manière les acquéreurs des biens ecclésiastiques aliénés » et, en retour, le gouvernement s'engage « à assurer un traitement convenable aux évêques et aux curés ». V. en ce sens notamment le discours de M. Grousseau, chambre, séance du 28 mars 1905. Cf. Le Duc, *L'Assemblée nationale et les biens du clergé, Revue critique*, 1906, p. 175.

On a répondu que la promesse, contenue dans la const. de 1791, ne s'appliquait qu'aux ministres des cultes « élus ou nommés en vertu des décrets de l'Assemblée nationale », c'est-à-dire aux ministres des cultes élus ou nommés conformément à la constitution civile du clergé et que par conséquent on ne saurait invoquer ce texte en faveur des ministres du culte actuellement en fonctions. Les termes du décret du 2 novembre 1789 fournissent un argument plus solide. On se borne à répondre que « dans l'allocation prévue, il n'y avait aucun caractère d'indemnité, que l'indemnité ne se conçoit et ne peut se concevoir que lorsqu'il y a faute ou quasi-délit, que l'allocation eût été l'aveu d'une spoliation, que rien, ni dans la discussion qui a précédé la motion, ni dans les termes de la motion elle-même, ne permet de prétendre que la Constituante a cru léser quelque droit acquis » (Briand, *Rapport, loc. cit.*, p. 290). La réponse n'est pas bien bonne, parce qu'il ressort au contraire de la discussion qui précéda le décret du 2 novembre 1789 que, les biens de l'Eglise étant considérés comme possédés par le clergé pour subvenir aux besoins des pauvres, aux frais du culte et à l'entretien de ses ministres, la nation, prenant possession de ces biens, se trouvait par là même obligée de subvenir aux besoins des pauvres, aux frais du culte, à l'entretien des ministres. Mais il n'y a pas un contrat, dit M. Briand. Assurément ; mais les engagements unilatéraux lient les Etats et les particuliers aussi rigoureusement que les contrats.

Restent les dispositions des articles 13 et 14 du concordat. On dit que ces deux dispositions ne sont point dépendantes l'une de l'autre. On cherche à établir qu'en 1801 l'église fit un sacrifice et non point un marché, lorsqu'elle renonça à ses prétentions sur les biens nationaux, que non seulement elle ne subordonna point au payement d'une indemnité l'abandon de ses revendications, mais encore que la forme qu'elle lui donna fut celle d'une abdication pure et simple. On cite les *Mémoires* du cardinal Consalvi (I, p. 401) pour établir que la promesse de non réclamation était un sacrifice fait par l'église dans l'intérêt de la religion. Donc, dit-on, l'art. 14 du concordat ne constitue point la charge de l'art. 13 ; « rien dans leurs termes ne peut établir entre eux un lien de droit ». M. Briand ajoute dans son rapport que, en admettant même que le budget des cultes soit une indemnité, « en calculant ce qui a été payé par la

nation à l'église catholique depuis la Constituante, en y ajoutant la libre et pratique disposition de tous les édifices religieux appartenant à l'Etat ou aux communes... », on reconnaîtra que la république a assuré à l'église « une assez riche dotation pour pouvoir supprimer le budget des cultes en toute sérénité ». Au point de vue du droit, ce dernier argument est évidemment sans valeur.

Sur la question, outre les rapports et les discours déjà cités, cons. Maxime Lecomte, *Rapport* au sénat, *loc. cit.*, p. 555 ; Léouzon-Leduc, *Annales de l'école des sciences politiques*, IV, 1889, p. 291 ; Grunebaum-Ballin, *La séparation des églises et de l'Etat*, 1905, p. 23.

Dans l'encyclique *Vehementer* du 11 février 1906, déjà citée, le pape proteste contre la disposition de l'art. 2, portant que « la république ne reconnaît, ne salarie, ni ne subventionne aucun culte ». Au point de vue du droit, cette protestation ne porte pas. Le législateur, dans ce texte, ne fait qu'affirmer le principe de neutralité de l'Etat en matière religieuse, lequel est la conséquence logique du principe de liberté religieuse rappelé dans l'art. 1er. La religion est chose individuelle et privée, à laquelle l'Etat doit rester complètement étranger. Pour lui il n'y a ni catholiques, ni protestants, ni juifs, ni musulmans, ni boudhistes, il y a des Français, ou plutôt des hommes, dont il doit respecter les croyances. Il ne doit intervenir que pour empêcher que les manifestations cultuelles des uns ne portent atteinte à la liberté des autres. Ainsi, en droit, les art. 1 et 2 de la loi du 9 décembre 1905 sont irréprochables.

Assurément l'église catholique, qui considère qu'elle seule possède la vérité, qui a toujours enseigné que les Etats devaient reconnaître sa puissance spirituelle comme supérieure à eux, ne pouvait point ne pas protester contre de pareils principes. Pie X ne fait que reproduire une condamnation déjà maintes fois prononcée, notamment par Pie IX, *allocutio Acerbissimum*, 27 septembre 1852, condamnation rappelée à l'art. 55 du *Syllabus*, 8 décembre 1864, et par Léon XIII, dans l'Encyclique *Immortale Dei*, 1er novembre 1885 : « Les sociétés humaines ne peuvent pas, sans devenir criminelles, se conduire comme si Dieu n'existait pas ou refuser de se préoccuper de la religion, comme si elle leur était chose étrangère ou qui ne leur pût servir à rien.... Quant à l'église, qui a Dieu lui-même pour auteur, l'exclure de la vie active de la nation, des lois, de l'éducation de la jeunesse, de la société domestique, c'est

commettre une grande et pernicieuse erreur ». Mais c'est là un principe théocratique que ne saurait accepter l'Etat moderne.

Les associations cultuelles. — L'organisation tout entière des cultes, telle qu'elle est réglée par la loi du 9 décembre 1905, repose sur la formation d'*associations cultuelles.*

La loi a déterminé les conditions auxquelles ces associations se constituent régulièrement : 1° Il faut qu'elles se conforment aux règles générales du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice (art. 4) ; 2° elles doivent avoir exclusivement pour objet l'exercice d'un culte (art. 19) ; 3° elles doivent être composées d'un certain nombre de personnes (7 dans les communes de moins de 1.000 habitants, 15 dans les communes de 1.000 à 2.000 habitants, 25 dans les communes d'une population supérieure (art. 19) ; 4° elles doivent, en outre, se conformer aux dispositions des art. 5 et suiv. de la loi du 1er juillet 1901 (déclaration et publication). Les associations cultuelles régulièrement constituées peuvent recevoir dévolution de tous les biens meubles et immeubles appartenant aux établissements publics ecclésiastiques supprimés par la loi nouvelle (art. 4) ; elles sont tenues en retour de toutes les dettes des établissements ecclésiastiques dont les biens leur sont dévolus (art. 6) ; auront gratuitement la jouissance des édifices servant à l'exercice public du culte, tant qu'ils ne seront pas détournés de leur destination et sous la charge des réparations de toute nature (art. 13). Ces associations ont toute la capacité que la loi du 1er juillet 1901 donne aux associations déclarées (L. de 1905, art. 18 et 19, § 7). Elles peuvent en outre recevoir le produit des quêtes et collectes pour les frais du culte, percevoir des rétributions pour les cérémonies et services religieux même par fondation, percevoir un prix de location des bancs et des chaises, etc... (art. 19, § 7). Elles peuvent constituer un fonds de réserve dans les conditions déterminées par l'art. 22, § 1, et en outre, une réserve spéciale en vue de l'achat, construction, réparation d'immeubles ou de meubles destinés aux besoins de l'association (art. 22, § 2). Les associations cultuelles peuvent se constituer en union dans les formes déterminées par l'art. 7 du décret du 16 août 1901 (art. 20). Les associations cultuelles et les unions sont soumises à un contrôle financier exercé par l'administration de l'enregistrement et par l'inspection générale des finances (art. 21, § 2). Enfin au cas « où des biens seront, soit dès l'origine, soit dans la suite, réclamés par plusieurs associations formées pour l'exercice du même culte, l'attribution qui en aura été faite pourra être contestée devant le conseil d'Etat statuant au contentieux, lequel prononcera en tenant compte de toutes les circonstances de fait » (art. 8, § 3).

La législation des associations cultuelles est-elle vraiment conforme aux principes de la liberté reli-

gieuse? Dans l'encyclique du 11 février 1906, le pape déclare qu'elle est attentatoire à la liberté religieuse des catholiques parce que, contrairement à ce principe certain « que l'église est une société *inégale*, c'est-à-dire une société comprenant deux catégories de personnes, les pasteurs et le troupeau, ceux qui occupent un rang dans les différents degrés de la hiérarchie et la multitude des fidèles, elle attribue l'administration et la tutelle du culte public non pas au corps hiérarchique divinement institué par le Sauveur, mais à une association de personnes laïques ». — Cette critique de la loi n'est point fondée, même au point de vue catholique pur. En effet, aux termes de l'article 4, qui n'a été voté qu'après une très longue et très précise discussion, l'association cultuelle n'est régulièrement constituée que si elle s'est conformée « aux règles d'organisation générale du culte dont elle se propose d'assurer l'exercice ». Par conséquent, d'après la loi, les seules associations cultuelles qui pourront assurer l'exercice du culte catholique, avoir la jouissance des églises, sont celles qui seront constituées suivant les principes de la hiérarchie catholique que rappelle le pape Pie X, c'est-à-dire celles qui auront à leur tête un prêtre nommé et autorisé par l'évêque qui lui-même sera en communion avec le Saint-Siège.

Cela a été dit expressément au moment du vote de l'art. 4 par M. Ribot et confirmé par le rapporteur, M. Briand, séances de la chambre, 20, 21 et 22 avril 1905. Dans son discours du 7 mars 1906, M. Ribot, revenant sur la question, à propos d'une interpellation relative aux troubles occasionnés par les inventaires, disait encore : « Qu'est-ce que cela (le texte de l'art. 4) veut dire? Cela veut dire que ces associations n'auront aucune existence légale si elles se forment *en dehors de la hiérarchie catholique, en dehors des évêques*... (Il y a là) tout ce qui constitue l'essence même du gouvernement autonome de l'église » (*J. off.* 1906, *débats parl.*, chambre, p. 1267). V. la même idée très nettement exposée dans la lettre de plusieurs catholiques laïques (prince d'Aremberg, Brunetière...) aux évêques (*le Temps*, 27 mars 1906), la réponse faite par M. de Mun à cette lettre dans le journal *la Croix*, 28 mars 1906, et la réponse faite par le même aux articles du *Temps* des 29 et 30 mars dans *le Temps* du 31 mars 1906. Cf. aussi sur la portée de l'art. 4

le rapport de M. Saisset-Schneider au conseil d'Etat, *le Temps*, 21 juillet 1906. Rapp. le rapport de Mgr Fulbert-Petit à l'assemblée des évêques du 31 mai 1906, *le Petit Temps*, 26 août 1906; Lamarzelle et Taudière, *Commentaire de la loi du 9 décembre 1905*, 1906, p. 224 et suiv.

On ne peut soutenir assurément que le § 6 de l'art. 19 soit contraire à la doctrine de l'église sur les sociétés ecclésiastiques. Il porte : « Nonobstant toute clause contraire des statuts, les actes de gestion financière et d'administration légale des biens accomplis par les directeurs ou les administrateurs seront chaque année au moins présentés au contrôle de l'assemblée générale des membres de l'association et soumis à son approbation ». Quand les docteurs de l'église affirment qu'elle est une société inégale, reposant sur la hiérarchie établie par Jésus-Christ lui-même, ils ont en vue la société spirituelle et le gouvernement des âmes. Or la disposition rapportée de l'art. 19 § 6 est relative uniquement à l'administration des biens temporels de l'association cultuelle. Et même pour l'administration temporelle, il n'est pas exact de dire avec l'encyclique *Vehementer* « qu'on fait le silence absolu sur le corps hiérarchique des pasteurs », puisqu'il faut que l'association cultuelle soit constituée conformément aux règles mêmes du culte catholique.

L'encyclique *Vehementer* proteste aussi contre « l'attribution de la juridiction suprême sur les associations cultuelles au conseil d'Etat ». D'abord la formule n'est pas exacte. La loi se borne à décider d'une part que lorsque les mêmes biens seront réclamés par plusieurs associations formées pour l'exercice du même culte, la contestation sera jugée par le conseil d'Etat (art. 8, § 3), et d'autre part que sera porté devant le conseil d'Etat statuant au contentieux le recours contre le décret rendu en conseil d'Etat prononçant contre une association cultuelle la cessation de jouissance d'un édifice ou d'objets mobiliers servant à l'exercice du culte. Peut-être le conseil d'Etat est-il aussi compétent pour statuer sur un recours en annulation dirigé contre l'acte de dévolution (D. 16 mars 1906, art. 15). Tels sont les seuls cas où la loi établit la compétence du conseil d'Etat. Dans tous les autres cas les tribunaux judiciaires sont compétents ; ils le sont notamment pour juger tout litige né entre un particulier ou une commune d'une part et une association

cultuelle d'autre part ; ils sont seuls compétents, en vertu de l'art. 23, § 3, pour prononcer la dissolution d'une association cultuelle. Assurément il n'était pas conforme aux vrais principes du contentieux administratif de donner compétence au conseil d'Etat pour statuer sur les différends nés entre deux associations cultuelles. Mais le conseil d'Etat statuant au contentieux est une véritable juridiction, qui présente toute garantie d'indépendance et de capacité. En vérité, on ne pouvait pas donner à la juridiction ecclésiastique elle-même compétence pour déterminer, au cas de litige, celle des associations cultuelles qui, régulièrement constituée, aurait droit à la jouissance des biens affectés au culte. C'est peut-être ce que veut le pape. C'est ce qu'aucun Etat moderne ne saurait lui concéder. L'art. 8, § 3 porte que le conseil d'Etat statuera « en tenant compte de toutes les circonstances de fait », ce qui implique que le conseil devra rechercher laquelle des associations cultuelles est en fait constituée « conformément aux règles générales du culte dont elle se propose d'assurer l'exercice ». On ne pouvait aller plus loin, et, sur ce point, les catholiques ne pouvaient demander plus.

Cf. particulièrement sur la question des recours portés au conseil d'Etat, à l'occasion de la dévolution des biens et sur l'art. 15 du décret du 16 mars 1906, le rapport précité de M. Saisset-Schneider (*Le Temps,* 22 juillet 1906). Nous faisons d'ailleurs toutes nos réserves sur quelques-unes des propositions qui y sont énoncées, notamment sur celle d'après laquelle l'acte de dévolution fait par l'établissement ecclésiastique est un acte d'autorité.

Les dispositions de la loi du 9 décembre 1905, indiquées jusqu'à présent et qui en sont l'élément essentiel, ne contiennent donc aucune atteinte à la liberté religieuse. Nous n'en dirons pas autant des articles 5, § 3, 21 et 22, qui imposent aux associations cultuelles certaines obligations au point de vue de la gestion de leurs biens, et les soumettent à un contrôle financier exercé par l'administration de l'enregistrement et par l'inspection générale des finances. Cela est contraire au

principe libéral de la loi et peut ouvrir la porte à l'arbitraire. On déclare solennellement que la république « ne reconnaît aucun culte » (art. 2), que les associations cultuelles sont des associations privées, et que la loi établit la laïcité et la neutralité absolue de l'Etat, que celui-ci n'intervient que pour empêcher que les manifestations extérieures du culte ne troublent l'ordre public ou ne portent atteinte à la liberté individuelle de ceux qui n'y participent pas. Le rapporteur, M. Briand, a insisté tout particulièrement sur cette idée (*loc. cit.*, p. 290). Et cependant on soumet la gestion des sociétés cultuelles à un contrôle administratif et financier comme si elles étaient des établissements publics ; c'est contradictoire. Le législateur n'a pas pu se soustraire à l'esprit napoléonien qui inspire toujours la plupart de nos lois. Il faut dire toutefois que ce contrôle, tel qu'il a été réglementé par les art. 37-46 du décret du 16 mars 1906, ne paraît pas devoir être vexatoire.

Sont encore contraires au principe de liberté, les dispositions qui limitent la capacité d'acquérir des associatious cultuelles. Il est vrai que ces restrictions s'appliquent à toutes les associations, d'après la loi du 1er juillet 1901 (art. 6), et que même la capacité d'acquérir des associations cultuelles est peut-être plus étendue que celles des associations ordinaires. La persistance du législateur français à refuser aux associations quelles qu'elles soient la pleine capacité civile dans la limite de leur but, est véritablement indigne d'un pays libre (cf. § 90).

Les associations cultuelles régulièrement constituées ont en principe la capacité attribuée par la loi du 1er juillet 1901 (art. 6) aux associations déclarées. Elles peuvent ester en justice, acquérir et posséder les cotisations de leurs membres, acquérir à titre onéreux les immeubles nécessaires à l'accomplissement de leur but (L. 9 décembre 1905, art. 18 et 19, § 4). En outre, les associations cultuelles peuvent recevoir le produit des quêtes et collectes pour les frais du culte, percevoir des rétributions pour les cérémonies et services religieux, même par fondation... (art. 19, § 4). Sur ce dernier point, le décret du 16 mars 1906 contient une disposition (art.

33, § 3) qui, pour nous, est inintelligible : « Les sommes à percevoir en vertu des fondations instituées pour cérémonies et services religieux, tant par acte de dernière volonté que par acte entre vifs, *sont dans tous les cas déterminées par contrat commutatif* et doivent représenter uniquement les rétributions des cérémonies et services ». Malgré toute notre bonne volonté, nous ne comprenons pas comment « des sommes à percevoir en vertu des fondations *instituées... par acte de dernière volonté...* » peuvent être « déterminées par *contrat* commutatif » !

Le législateur de 1905 a consacré en principe le droit de propriété de l'Etat, des départements et des communes sur les cathédrales, églises, chapelles, temples, synagogues, archevêchés, évêchés, presbytères, séminaires (art. 12, § 1). Mais, aux termes de l'art. 13, les édifices servant à l'exercice du culte sont laissés gratuitement à la disposition des établissements publics du culte (tant qu'ils existeront), puis des associations appelées à les remplacer (c'est-à-dire des associations cultuelles) qui auront à leur charge les réparations de toute nature.

Dans l'encyclique du 11 février 1906, le pape dit à cet égard : « Il nous est extrêmement douloureux aussi qu'au mépris de tous les droits, la loi déclare propriété de l'Etat, des départements et des communes tous les édifices ecclésiastiques antérieurs au concordat. Et si la loi en concède l'usage indéfini et gratuit aux associations cultuelles, elle entoure cette concession de tant et de telles réserves qu'en réalité elle laisse aux pouvoirs publics la liberté d'en disposer ». Et l'absence de garantie de la possession des édifices consacrés au culte paraît être la principale raison pour laquelle le pape, par l'encyclique *Gravissimo* (10 août 1906), a interdit aux évêques de constituer des associations canoniques et légales. Il y est dit, en effet, que le Saint-Siège ne peut autoriser des associations canoniques et légales « tant qu'il ne constera pas que les droits immuables du pontife romain et des évêques... particulièrement sur les édifices sacrés seront irrévocablement dans lesdites associations en pleine sécurité ». Cf. l'article de M. Flourens, dans l'*Eclair*, 26 mai 1906, qui aurait inspiré au Saint-Siège cette raison de repousser la loi.

La question de propriété des églises est une question extrêmement complexe, mais dont la solution, à notre sens, ne présente aucun intérêt, parce que la catégorie juridique de la propriété ne peut point s'appliquer à des choses affectées, comme les églises et les

temples, à une utilité collective. Toute la question est donc seulement de savoir si l'affectation des églises et des temples au culte public, établie par la loi de 1905, est suffisamment garantie par cette loi. Or cela ne nous paraît pas douteux. Sans doute, aux termes du § 3 de l'art. 13, la désaffectation d'un édifice religieux peut toujours être prononcée par une loi. Mais il n'y a là rien de particulier, car, à tout prendre, il n'y a pas de propriété qui ne puisse être supprimée par une loi. Le même art. 13 énumère limitativement les cas où la désaffectation peut être prononcée par un décret en conseil d'Etat, toujours susceptible de recours devant le conseil statuant au contentieux. Or, il n'y a pas un de ces cas où la désaffectation n'apparaisse très légitime et comme nécessaire. Dans tous, en effet, la désaffectation est la conséquence de ce fait que l'association cultuelle ne remplit plus complètement le but en vue duquel elle a été constituée.

L'encyclique *Vehementer* condamne enfin la loi « parce qu'elle dépouille l'Eglise de la police intérieure des temples pour en investir l'Etat, parce qu'elle entrave la prédication de la foi et de la morale catholique et édicte contre les clercs un régime pénal sévère et d'exception ». Cette condamnation vise le titre V de la loi de 1905 placé sous la rubrique : *Police des cultes*. D'une manière générale, elle n'est point fondée.

Aux termes de l'art. 25, les réunions, tenues pour l'exercice d'un culte dans les locaux d'une association cultuelle, sont publiques. Il en résulte logiquement que la surveillance de ces réunions doit appartenir aux agents de l'autorité publique, qui ont compétence pour assurer le bon ordre dans tous les endroits ouverts au public. On ne pouvait pas, en vérité, donner aux ministres des cultes eux-mêmes ce droit de police ; ils ne sont que de simples citoyens qui doivent être soumis aux lois. Le législateur a fait même une exception à la loi du 30 juin 1881 sur les réunions publiques, en n'exigeant qu'une seule déclaration pour toutes les réunions cultuelles, périodiques ou accidentelles, qui auront lieu dans l'année dans un édifice déterminé. La loi de 1881 exige une déclaration spéciale pour chaque réunion publique. L'exception d'ailleurs se

justifie amplement. L'art. 26 interdit de tenir des réunions politiques dans les locaux servant habituellement à l'exercice du culte. C'est là une prohibition qu'on ne saurait assurément critiquer, à aucun point de vue. L'art. 28 prohibe l'établissement de signes ou emblèmes religieux sur les monuments et emplacements publics. Ces emblèmes ne font de mal à personne. Mais dans un pays officiellement laïque et neutre, cette prohibition s'impose. Quant aux manifestations extérieures du culte, le législateur (art. 27) laisse sagement à l'autorité administrative locale, et spécialement à l'autorité municipale, le soin de les réglementer et de les interdire.

On ne saurait aussi qu'approuver entièrement les dispositions des articles 31 et 32, qui punissent de certaines peines ceux qui, par voies de fait, violences ou menaces contre un individu, l'auront déterminé à exercer ou à s'abstenir d'exercer un culte, à faire partie ou à cesser de faire partie d'une association cultuelle, à contribuer ou à s'abstenir de contribuer aux frais d'un culte, et ceux qui auront empêché, retardé ou interrompu les exercices d'un culte par des troubles ou désordres causés dans le local servant à ces exercices. Ces textes placent le principe de la liberté religieuse sous la protection de la loi pénale, et l'on n'a qu'à souhaiter que les parquets et les tribunaux fassent une application exacte de ces dispositions.

Les art. 34 et 35 prévoient le fait d'un ministre du culte qui, dans un lieu affecté au culte, outrage ou diffame un citoyen chargé d'un service public, et le fait de discours prononcés, d'écrits distribués dans les lieux où s'exerce le culte, contenant une provocation directe à résister à l'exécution des lois, aux actes légaux de l'autorité publique ou tendant à soulever ou à armer une partie des citoyens contre les autres. Les art. 34 et 36 établissent la compétence des tribunaux correctionnels. Il est incontestable que ces articles ne sont pas logiques. Puisqu'il n'y a plus de ministres du culte, puisqu'il n'y a plus de culte ni de religion d'après la loi civile, il fallait appliquer tout simplement le droit commun, le code pénal et la loi du 29 juillet 1881. Cependant on ne saurait faire au législateur un grave reproche d'avoir édicté ces dispositions : les infractions prévues prennent, des conditions dans lesquelles elles sont commises, un caractère particulier qu'on ne peut méconnaître et qui les rend plus graves. D'autre part, les peines édictées par les art. 34 et 35 ne sont pas sensiblement plus sévères que celles du droit commun. Le législateur autorise la preuve du fait diffamatoire quand il est relatif aux fonctions (art. 34, § 2).

Il convient d'ajouter qu'aucune entrave n'a été apportée par la loi nouvelle, par les décrets qui l'ont complétée, au libre choix des évêques par le pape, ni à la nomination des curés par les évêques, ni à la réunion des évêques, ni à la publication, dans les lieux

consacrés au culte, des actes pontificaux, et qu'ainsi la hiérarchie ecclésiastique est entièrement respectée, qu'elle l'est même bien mieux que par le concordat et les articles organiques, d'après lesquels le pouvoir civil était associé à la nomination des évêques, au choix des curés, pouvait s'opposer à toute réunion des évêques et à la publication de tous actes pontificaux. Nous dirons avec M. Ribot : « Une loi qui a donné au Saint-Siège le droit de nommer sans contrôle les évêques...., une loi qui vous permet à vous (catholiques) et à vos évêques de se réunir, de délibérer et de gouverner les intérêts de l'église catholique, une loi qui vous remet la jouissance des églises sans aucune condition de payement de loyer, sans rien d'humiliant et sans fixer de délai...., c'est une loi qui peut ne pas nous convenir, mais ce n'est pas une loi de violente persécution » (Chambre, 2e séance 7 mars 1906). Dans ces conditions, le pape en défendant par l'encyclique *Gravissimo* (10 août 1906) de constituer des associations canoniques et conformes en même temps à la loi du 9 décembre 1905, les évêques en décidant (réunion du 7 septembre 1906) d'opposer une résistance passive à l'exécution de la loi, ont en vérité prétendu sans raison sérieuse soustraire l'église de France à l'application des lois et à l'autorité des juridictions françaises. Prétention intolérable devant laquelle aucun gouvernement ne saurait s'incliner.

La plupart des ministres du culte catholique ont accepté la loi en demandant les pensions et allocations accordées par l'art. 11 et réglées par le décret du 19 janvier 1906. Dès lors le Saint-Siège est assez mal venu maintenant à interdire à son clergé de se soumettre à la loi et de constituer les associations cultuelles.

Dans l'encyclique *Gravissimo* (10 août 1906), il est dit : « Il vous reste donc à vous, vénérables frères, de vous mettre à l'œuvre et de prendre tous les moyens que le *droit* reconnaît à tous les citoyens pour disposer et organiser le culte religieux ». Ce passage a fait naître la question de savoir si en dehors de la loi de 1905, le culte public pourrait être organisé à la faveur des lois générales sur la liberté de réunion et d'association, lois des 30 juin 1881 et

1er juillet 1901. Que des réunions publiques puissent avoir lieu conformément à la loi de 1881, dans le but de célébrer un culte, cela n'est pas douteux. Mais les diverses dispositions de cette loi devront être appliquées : toute cérémonie religieuse publique devra être précédée de la déclaration exigée par l'art. 2 de la loi de 1881; elle devra se faire sous la direction d'un bureau composé de trois personnes au moins, conformément à l'art. 8; et en vertu de l'art. 9 un fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire pourra toujours y assister. Nous ne voyons pas quels avantages les catholiques auraient à exercer leur culte public sous le couvert de la loi de 1881 et à écarter l'application de la loi de 1905, qui dispense les réunions publiques tenues pour la célébration d'un culte des formalités de l'art. 8 de la loi de 1881 et qui n'exige qu'une seule déclaration pour l'ensemble des réunions tenues pendant l'année dans le même local.

Reste la question de savoir si une association ayant pour but d'assurer l'exercice public d'un culte peut être légalement constituée conformément à la loi de 1901. Il est bien entendu que l'association ainsi constituée ne pourrait profiter d'aucun des avantages assurés par la loi de 1905 aux associations cultuelles établies conformément à cette loi : dévolution des biens ecclésiastiques, jouissance gratuite et exclusive des édifices affectés au culte. Mais une pareille association devrait-elle être considérée comme ayant un but contraire à la loi, et pourrait-elle être dissoute conformément aux art. 3 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 ? On peut soutenir que non. Le principe de la loi de 1901 est tout à fait général. La loi de 1905 a fait aux associations constituées suivant les dispositions qu'elle édicte, dans le but d'assurer le culte public, certains avantages et leur a en retour imposé certaines obligations. Mais une association constituée conformément à la loi de 1901, dans le but d'assurer un culte public, n'a point un but illégal. Les catholiques pourront donc constituer légalement des associations dans les termes de la loi de 1901 pour pourvoir aux frais du culte public. Mais ici, non plus, nous ne voyons pas les avantages qu'ils y auraient. Si la loi de 1905 impose certaines charges aux associations cultuelles, ces charges ne sont rien en comparaison des avantages immenses qu'elle leur assure : dévolution des biens ecclésiastiques, jouissance indéfinie et gratuite des églises, reconnaisssnce par la loi (art. 4) des principes de la hiérarchie et de la discipline ecclésiastique. Le pape, en paraissant permettre par l'encyclique *Gravissimo* la constitution d'associations conformément à la loi de 1901, a commis une grave erreur, s'il a cru que ces associations offriraient aux catholiques plus de garanties que les cultuelles de la loi de 1905.

D'ailleurs on peut soutenir avec de sérieuses raisons que toute association qui a pour but d'assurer l'exercice public d'un culte est une association cultuelle, et se trouve soumise par le fait même aux dispositions de la loi de 1905. Il est dit en effet à l'art. 19 de

cette loi : « Les associations formées pour subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public d'un culte devront être constituées conformément aux art. 5 et suiv. du tit. I de la loi du 1er juillet 1905. Elles seront en outre soumises aux prescriptions de la présente loi ». D'où il semble résulter qu'une association ayant pour but d'assurer l'exercice public du culte ne pourrait pas être légalement constituée en application de la loi de 1901 seule. C'est l'interprétation que donne à ce texte M. Briand, rapporteur de la loi et ministre des cultes. Dans sa circulaire du 1er septembre 1906, il dit : « Deux principes dominent le régime des associations cultuelles. Ils dérivent de la combinaison des art. 18 et 19 de la loi... : 1° Toute association ou tout groupement qui a pour objet direct ou indirect l'exercice public d'un culte, ses frais ou son entretien est une association cultuelle (cf. une note du 7 mars 1906 du conseil d'Etat accompagnant le règlement sur les associations cultuelles) ; 2° Une association cultuelle ne peut avoir pour objet direct ou indirect que l'exercice public d'un culte, ses frais ou son entretien » (*Le Temps,* 2 septembre 1906). V. aussi les déclarations faites par M. Briand au conseil des ministres, le 11 septembre 1906, *Le Temps,* 13 septembre 1906. La dernière proposition est incontestable. Mais malgré l'autorité du ministre, nous hésitons à croire qu'une association, ayant pour but d'assurer un culte public et constituée conformément à la loi de 1901, doive être considérée comme illégale. La pensée du législateur de 1905 a été certainement d'établir pour les associations cultuelles un régime de faveur. Si certains groupements religieux ne veulent pas en profiter et veulent se placer sous le régime du droit commun, on ne peut pas, nous semble-t-il, les en empêcher.

Le vote et l'application de la loi du 9 décembre 1905 ont provoqué, en dehors des rapports et discours précédemment cités, une littérature très abondante. Cons. notamment Grunebaum-Ballin, *La séparation de l'église et de l'Etat,* 1905 ; Gide, *La séparation des églises et de l'Etat,* conférence 1904 ; Mgr Mignot, *Le concordat et la séparation de l'église et de l'Etat,* 1905 ; Hemmer, *Politique religieuse et séparation,* 1905 ; G. Berry, *La séparation des églises et de l'Etat à la chambre,* 1905 ; Lhopiteau et Thibaut, *La loi de la séparation des églises et de l'Etat,* 1906 ; Lagrésille, *Y aura-t-il des associations cultuelles ? Revue des associations cultuelles,* n° 1, janvier 1906 ; P. Sabatier, *A propos de la séparation des églises et de l'Etat,* 1905 ; comte d'Haussonville, *Après la séparation,* 1906 ; E. Faguet, *L'anticléricalisme,* 1906 ; Lamarzelle et Taudière, *Commentaire de la loi du 9 décembre 1905,* 1906 ; Flourens, article du journal l'*Eclair,* 26 mai 1906, qui soutient que les associations cultuelles ne peuvent pas fonctionner; réponse de M. Berthélemy, *Journal des Débats,* 29 mai 1906 ; Berthélemy, *Droit administ.,* 4e édit., 1906, p. 247 et suiv. ; Biré, *La séparation des églises et de l'Etat,* 1906 ; Marc Réville et Ambruster, *Le*

régime des cultes, guide pratique, 1906. Sur la question des inventaires, cf. Berthélemy, *Revue des associations cultuelles*, 1906, p. 95.

90. La liberté d'association. — La liberté individuelle implique la liberté d'association. Si l'homme a le droit de développer librement son activité, il doit avoir le droit de l'associer librement à celle des autres. Et cependant il n'y a dans aucune de nos Déclarations et de nos constitutions de la période révolutionnaire un seul mot qui soit même une simple allusion à la liberté d'association. C'est la constitution de 1848 qui la première a reconnu expressément « aux citoyens le droit de s'associer » (art. 8). Non seulement les rédacteurs de la Déclaration de 1789 ne voyaient pas dans la liberté d'association une conséquence nécessaire de la liberté individuelle, mais encore très probablement l'association leur paraissait une atteinte possible au principe même de la liberté individuelle. L'art. 1 de la célèbre loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791, prohibant les associations professionnelles, est à cet égard bien significatif : « L'anéantissement de toutes les espèces de corporations de citoyens du même état et profession étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit ». On ne visait sans doute que les associations professionnelles ; mais il y avait là certainement l'application de cette idée générale que l'association est contraire à la véritable liberté individuelle. Sans doute la loi du 13 novembre 1790 déclarait que « les citoyens ont le droit de s'assembler paisiblement et de former entre eux des sociétés libres ». Mais elle n'avait en vue que les clubs, qui ne sont pas de véritables associations, mais bien plutôt des réunions. Cf. *supra*, § 83, la différence entre l'association et la réunion.

Ces trente dernières années ont été marquées, dans toute l'Europe et particulièrement en France, par un mouvement *associationniste* d'une intensité singulière,

qui s'est étendu à toutes les manifestations de l'activité humaine. Le législateur, dans tous les pays, a été obligé d'intervenir. En France, le parlement, après avoir reconnu et réglementé successivement les syndicats professionnels (L. 21 mars 1884), les syndicats de propriétaires (L. 22 décembre 1888), les sociétés de secours mutuels (L. 1er avril 1898), a enfin consacré et organisé la liberté d'association en général par la loi du 1er juillet 1901, due à l'initiative et à l'autorité de M. Waldeck-Rousseau, alors président du conseil. Cette loi était attendue en vain depuis que la constitution de 1848 avait proclamé le droit d'association.

Toute association implique un lien particulier réunissant les unes aux autres plusieurs personnes et qui est constitué par deux éléments : 1° les personnes associées poursuivent un but commun dont elles ont conscience ; 2° elles se rendent de mutuels services pour atteindre par là plus sûrement le but commun. En adoptant la terminologie déjà employée (cf. § 6), on dira que toute association est un état de solidarité par similitudes et par division du travail unissant un certain nombre de personnes en vue d'un but déterminé. Tout groupe social, la nation elle-même, est une association. Mais dans l'intérieur de l'association nationale se forment des groupements sociaux particuliers; entre certaines personnes membres de la nation s'établit une solidarité particulière et plus étroite. — La formation chaque jour plus intense des associations ne tend point à diminuer ou à absorber la personnalité individuelle; elle favorise, au contraire, son plus large développement. En effet, l'individualité de l'homme devient d'autant plus complexe et compréhensive qu'il fait partie d'un plus grand nombre de groupes sociaux. Il est individu citoyen comme membre de la nation, individu travailleur comme membre d'une corporation professionnelle, individu artiste ou savant comme membre d'une corporation artistique ou scientifique, etc... Ainsi son activité individuelle s'accroît à raison du nombre des associations dont il est membre. Qu'on ne dise donc pas que l'individualité de l'homme se perd dans les groupes corporatifs. C'est la grande erreur de l'école libérale et individualiste pure. Cf. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 61.

L'association en général apparaît dans deux conditions tout à fait différentes : l'association formée dans le but de réaliser un bénéfice pécuniaire à répartir entre ses membres; et l'association formée dans un but autre que la réalisation d'un bénéfice pécuniaire.

Les associations formées dans un but lucratif sont, dans la langue du droit, les sociétés civiles et commerciales qui, sauf quelques réserves, ont toujours pu se former librement. Le code civil les reconnaissait (art. 1832-1873); le code de commerce déterminait leurs formes, mais décidait cependant que les sociétés anonymes ne pouvaient se former qu'avec l'autorisation du gouvernement (art. 37). Depuis la loi du 24 juillet 1867, les sociétés anonymes peuvent se former librement. Cette loi n'exceptait que les tontines et les sociétés d'assurances sur la vie (art. 66, § 1), disposition aujourd'hui abrogée par la loi du 17 mars 1905, art. 22. Comme d'autre part le procédé de construction juridique encore employé pour protéger l'affectation de richesse à un but collectif est l'attribution à la collectivité de la personnalité juridique, le législateur et la jurisprudence ont reconnu aux sociétés proprement dites cette personnalité, ce qui leur a permis d'avoir un patrimoine sous la garantie du droit. Le législateur n'a pas craint en effet que les associations qui poursuivent un but lucratif empiètent sur le domaine de l'activité de l'Etat et soient un obstacle à son gouvernement et à son action.

Il en a été différemment des associations constituées dans un but autre que de partager des bénéfices, suivant la formule de la loi de 1901 (art. 1). Presque tous les législateurs, et particulièrement le législateur français, ont montré à leur égard une extrême défiance. La raison mise en avant en France, c'est que la liberté d'association eût été contraire aux principes individualistes. Outre que cela était inexact, ce n'était point certainement la raison vraiment déterminante. En réalité, les divers gouvernements ont redouté que les associations, poursuivant un but non lucratif et très variable, n'intervinssent dans des domaines qu'ils entendaient se réserver et ne gênassent ainsi leur action et leurs tendances autoritaires et centralisatrices.

Avant la loi du 1er juillet 1901, les associations étaient soumises au régime de police et à la nécessité de l'autorisation préalable, au moins les associations de plus de vingt personnes. On a montré (§ 83) que, pendant la Révolution, on confondait les associations avec les réunions : le législateur avait successivement autorisé, puis prohibé les clubs, sociétés politiques ayant pour but unique de provoquer des réunions politiques. Les art. 291-294 du code pénal soumettaient à l'autorisation préalable du gouvernement toutes les associations de plus de vingt personnes sous peine de dissolution et d'une condamnation judiciaire à une amende de 16 à 200 francs contre les chefs, directeurs et administrateurs de l'association, et punissaient de la même peine tout individu qui, sans autorisation de l'autorité municipale, accordait ou consentait l'usage de sa maison ou de son appartement en tout ou en partie pour la réunion des membres d'une association même autorisée. Certaines associations ayant eu recours, pour se soustraire à l'application de ces dispositions, au fractionnement en sections de moins de vingt membres, intervint la loi du 10 avril 1834, dont l'art. 1er décide que les dispositions de l'art. 291 du code pénal s'appliquent aux associations de plus de vingt personnes, « alors même que ces associations seraient partagées en sections d'un nombre moindre », l'autorisation du gouvernement étant toujours révocable. L'art. 2 de cette loi de 1834 aggravait les peines édictées au code pénal : il décidait que quiconque fait partie d'une association non autorisée est passible de deux mois à un an d'emprisonnement et de 50 à 1.000 francs d'amende, la peine pouvant être portée au double au cas de récidive. Etaient frappés des mêmes peines ceux qui prêtaient ou louaient sciemment leur maison ou appartement pour une ou plusieurs réunions d'une association non autorisée.

La const. de 1848 (art. 8) vint proclamer le droit d'association; et cependant la législation draconienne de 1834 est restée en vigueur jusqu'à la loi du 1er juillet 1901, dont l'art. 21 l'a expressément abrogée, ainsi que les art. 291-293 du code pénal. L'art. 294 a été abrogé par la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des églises et de l'Etat.

Il faut dire cependant qu'avant la loi de 1901 le gouvernement, représenté par les préfets, se montrait très large dans la concession des autorisations, qu'ainsi s'étaient formées quantité d'associations artistiques, scientifiques, littéraires, philanthropiques et même religieuses, qui vivaient parfaitement en paix, et qu'il fallait certains événements politiques graves et heureusement rares, pour que le gouvernement fît application de la loi de 1834, comme par exemple, en 1898-99, la crise provoquée par l'affaire Dreyfus.

La loi du 1er juillet 1901 a réalisé un notable progrès sur la législation antérieure. D'une manière générale, elle a établi la liberté d'association. Cepen-

dant, en un sens, on doit dire qu'elle est restée en chemin. En effet, pour que la liberté d'association existe réellement, il faut que toute association, constituée librement en vue d'un but licite, puisse acquérir librement, à titre gratuit ou à titre onéreux, tous biens mobiliers et immobiliers, sous cette seule condition que ces biens soient affectés au but de l'association. Comme la protection de toute affectation de richesse au but d'une collectivité est assurée, d'après les procédés de construction juridique qui prévalent encore, par la concession à la collectivité de la personnalité juridique, la loi aurait dû accorder la personnalité juridique à toute association, régulièrement constituée, déclarée et publiée, sous cette seule condition que les biens acquis par elle soient exclusivement affectés au but qu'elle poursuit. Le législateur de 1901 n'a point fait cela. « Les associations, dit l'art. 2, peuvent se former librement, sans autorisation ni déclaration préalable ; mais elles ne jouissent de la capacité juridique que si elles sont déclarées et publiées conformément à l'art. 5 ». Cela est logique. C'est le principe de la liberté personnelle d'association. Mais il est juste que l'association ne puisse avoir une vie juridique à l'égard des tiers que si elle est déclarée et publiée, sans que d'ailleurs aucune autorisation soit nécessaire. Seulement du moment où l'association était ainsi déclarée et publiée, elle devait avoir la pleine capacité juridique dans les limites, bien entendu, de son but, puisque ce but est la raison même de sa création et doit marquer la limite de son action. Le législateur de 1901 ne l'a pas voulu, et c'est en cela surtout que son œuvre est incomplète. Il a pris soin d'énumérer limitativement les seuls actes juridiques que peut faire l'association déclarée et publiée. Elle peut ester en justice, acquérir à titre onéreux, posséder et administrer, en dehors des subventions de l'Etat, des départements et des communes : 1° les cotisations de ses membres ou les som-

mes au moyen desquelles ces cotisations ont été rédimées, ces sommes ne pouvant être supérieures à 500 fr. ; 2° le local destiné à l'administration de l'association et à la réunion de ses membres ; 3° les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle se propose (art. 5). Ce n'est point là une pleine capacité, puisque les associations déclarées, en dehors des subventions de l'Etat, des départements et des communes, ne peuvent rien acquérir à titre gratuit.

Après comme avant la loi de 1901, les associations ne peuvent faire des acquisitions à titre gratuit que si elles sont reconnues d'utilité publique par le gouvernement. Cette reconnaissance est un acte discrétionnaire de l'administration, et une :ois accordée, elle peut toujours être retirée. L'association reconnue d'utilité publique devient un établissement d'utilité publique et se trouve placée sous le contrôle administratif. Elle peut recueillir des libéralités, mais seulement avec l'autorisation de l'autorité administrative, conformément aux dispositions de l'art. 910 du code civil et de l'art. 5 de la loi du 4 février 1901. Tout cela n'est plus la liberté d'association (L. 1er juillet 1901, art. 10 et 11). L'art. 11 § 1 spécifie que même les associations reconnues d'utilité publique ne peuvent posséder et acquérir d'autres immeubles que ceux nécessaires au but qu'elles se proposent. Cela est logique. C'est le principe de la spécialité : le but poursuivi est le fondement et la limite de la capacité des associations. Mais dans cette limite du but, toute acquisition devrait pouvoir être faite à titre gratuit ou à titre onéreux, librement, par toute association déclarée et publiée. Cela seul eût été vraiment la liberté d'association.

La raison traditionnelle qu'on a encore invoquée en 1901 pour repousser cette solution est le danger provenant de l'accumulation possible des biens collectifs soustraits aux transactions entre vifs et aux transmissions héréditaires, d'après l'expression courante, le danger de la main-morte. L'argument est sans valeur. Le danger de la main-morte dans nos sociétés modernes est chimérique. On

ne parle point du danger de la main-morte pour les biens souvent considérables qui appartiennent à des sociétés commerciales. Pourquoi la main-morte n'est-elle pas un danger lorsqu'il s'agit d'une société d'assurance, d'un grand magasin? Pourquoi l'est-elle lorsqu'il s'agit d'une association philanthropique ou d'enseignement? Il n'y a point de raison. Mais les gouvernements craignent toujours que la liberté d'association ne soit trop grande et que les libres groupements ne s'emparent de domaines où ils veulent garder la direction, sinon le monopole. Et alors ils secouent l'épouvantail usé de la main-morte. Comment du reste parler de la main-morte à une époque où la concentration des capitaux est un phénomène d'une puissance irrésistible et qui prépare la forme socialiste de l'Etat futur? Chose singulière, ce sont les politiciens socialistes qui, en 1901, ont le plus âprement mis en relief le prétendu danger de la main-morte.

Il convient d'ajouter que les intérêts du fisc n'ont rien à redouter du fait que les biens possédés par des associations ne supportent pas les droits de mutation par décès; il est facile au législateur d'établir en compensation une taxe d'équivalence qui existe d'ailleurs déjà (LL. 20 février 1849 et 30 mars 1872) et dont il suffirait d'étendre le principe.

On a voulu renforcer la raison pratique, dont on comprenait la faiblesse, d'une raison théorique qui ne vaut pas mieux. On a dit que les collectivités n'avaient pas de réalité, que par conséquent elles ne pouvaient avoir la capacité juridique que si le législateur la leur accordait et dans la limite où il la leur accordait. Cela se rattache à cette idée que la capacité juridique suppose une personne sujet de droit, que les collectivités, les associations n'ont pas de personnalité juridique, qu'elles ne peuvent en avoir qu'en vertu d'une fiction législative, d'une concession de l'Etat tout puissant.

Le lieu n'est pas d'étudier ici les diverses théories modernes relatives à la personnalité des collectivités. Mais l'idée de la personnalité fictive est une idée aujourd'hui surannée, dont il n'est plus permis à un législateur de s'inspirer. Quelque diverses que soient les doctrines relatives à la personnalité des collectivités, elles s'accordent sur ce point que tout groupement, constitué régulièrement en vue d'un but légitime, est de fait et naturellement un sujet de droit, dont la sphère d'activité juridique est déterminée précisément par le but poursuivi, et cela en dehors de toute concession du législateur, celui-ci ne devant intervenir que pour constater, réglementer cette *subjectivité juridique*, mais non point pour la concéder.

Cons. surtout le livre déjà classique sur la matière, Michoud, *Théorie de la personnalité morale,* 1906; et aussi Hauriou, *Mouvement social,* 1899, 2e appendice; Gierke, *Genossenschaftstheorie,* 1887, qui a développé les idées de Beseler; Giner, *Theoria de la persona social,* 1895.

Il reste à noter que la loi de 1901 a fait application du principe de la liberté d'association en décidant que la dissolution d'une association ne pourrait être prononcée que par l'autorité judiciaire et pour des causes déterminées. Elle place ainsi, conformément aux principes de 1789-91, sous la protection de l'autorité judiciaire la liberté d'association qui n'est qu'une conséquence de la liberté individuelle. Cette dissolution est un acte de juridiction, ce qui est pour les associés la meilleure garantie qu'elle ne sera pas arbitraire.

Cependant la règle reçoit des exceptions qui ouvrent la porte toute grande à l'arbitraire gouvernemental. Les associations composées en majeure partie d'étrangers, celles ayant des administrateurs étrangers ou leur siège à l'étranger, et dont les agissements seraient de nature soit à fausser les conditions normales du marché des valeurs, soit à menacer la sécurité intérieure ou extérieure de l'Etat, dans les conditions prévues par les art. 75 à 101 du code pénal, peuvent être dissoutes par décret du conseil des ministres.

La loi du 1er juillet 1901 a été complétée par deux grands décrets portant règlement d'administration publique du 16 août 1901, faits en application de l'art. 20 de la loi.

Cons. Trouillot et Chapsal, *Du contrat d'association*, 1902 (M. Trouillot a été rapporteur de la loi à la chambre des députés); Eyquem, *De la capacité civile des associations*, thèse Bordeaux, 1903.

91. Les congrégations. — Le but du législateur de 1901 a été bien moins de donner la liberté d'association que de soumettre certaines associations, les congrégations, à un système particulièrement restrictif. Son œuvre à cet égard a été complétée par les lois des 4 décembre 1902, 17 juillet 1903 et 7 juillet 1904. Ces lois soumettent les congrégations à un régime sévère de police qui peut se résumer ainsi. Aucune congrégation ne peut se former sans une autorisation donnée par une loi qui doit déterminer

les conditions de son fonctionnement (L. 1er juillet 1901, art. 13, § 1 et art. 16). Les congrégations existant en fait au moment de la promulgation de la loi étaient mises en demeure de demander l'autorisation dans les trois mois; faute de l'obtenir elles devaient se disperser et il devait être procédé à la liquidation de leurs biens (art. 18, complété par la loi du 17 juillet 1903). Aucune congrégation autorisée ne peut fonder aucun nouvel établissement qu'avec une autorisation donnée par un décret en conseil d'Etat (art. 13, § 2 et L. 4 décembre 1902). La dissolution d'une congrégation même autorisée par une loi et la fermeture d'un établissement même autorisé peuvent toujours être prononcées par un décret rendu en conseil des ministres (art. 13, § 3). Cf. Décrets du 16 août 1901 et arrêté minist. du 1er juillet 1901.

La rigueur de ce régime a encore été augmentée par la loi du 7 juillet 1904, qui décide que toutes les congrégations autorisées à titre de congrégations exclusivement enseignantes, seront supprimées dans un délai de dix ans, et que, par conséquent, aucune autorisation ne sera désormais donnée à des congrégations exclusivement enseignantes. Ces congrégations ne peuvent plus recruter de nouveaux membres ; leurs noviciats sont dissous de plein droit, à l'exception de ceux qui sont destinés à former le personnel des écoles françaises à l'étranger, dans les colonies et dans les pays de protectorat (L. 7 juillet 1904, art. 1 et 2). L'art. 3 décide que dans le délai de dix années la fermeture de chaque établissement scolaire sera effectuée aux dates fixées par un arrêté de mise en demeure du ministre de l'intérieur. L'art. 4 ordonne et règle la liquidation des congrégations ainsi supprimées. Aux termes de l'art. 6 est déclaré expressément abrogé l'art. 109 du décret du 17 mars 1808, qui donnait l'existence légale à l'Institut des frères de la doctrine chrétienne. De la loi du 7 juillet 1904, rapp. L. 22 avril 1905, art. 36; D.D. 2 janvier et 17 juin 1905.

Les auteurs de cette législation draconienne contre les congrégations ont invoqué deux ordres de considérations. D'abord ils ont fait valoir la continuité historique du droit français à cet égard ; ils ont rappelé à satiété ce principe du droit monarchique d'après lequel les congrégations ne pouvaient se former qu'avec l'autorisation royale et étaient toujours à la discrétion de l'administration centrale. Ils ont affirmé qu'il convenait que la troisième république suivît les principes et la politique de la monarchie ancienne. D'autre part, on a dit qu'on ne pouvait point appliquer le droit commun aux congrégations, qu'elles étaient tout à fait différentes des associations ordinaires, parce que leurs membres renonçaient au monde, abandonnaient la famille, laissaient de côté leurs intérêts personnels pour s'engager par des vœux à suivre une règle leur imposant l'obéissance passive et l'abdication de toute initiative. On a ajouté que ce régime rigoureux de police était d'autant plus nécessaire que les congrégations dissimulaient sous des prétextes religieux une active campagne politique, que leurs richesses s'étaient accrues dans des proportions considérables (elles représentent, disait-on, un milliard), et qu'enfin leur action sur les consciences, leur mainmise sur les intelligences constituaient un véritable péril.

Cf. la discussion générale de la loi de 1901, à la chambre séances des 15-24 janvier 1901, au sénat séances des 11-15 juin 1901 et particulièrement le rapport à la chambre de M. Trouillot, *J. off., doc. parlem.*, chamb., 1900, p. 1217 ; rapport au sénat de M. Vallé, *J. off., débats parlem.*, séance 6 juin 1901, p. 784 ; Discours de M. Waldeck-Rousseau, à la chambre séance du 21 janvier 1901 et au sénat 13 juin 1901.

Il n'est pas douteux que dans le droit antérieur, à une époque où la liberté d'association n'était point reconnue, les congrégations religieuses étaient soumises à un régime discrétionnaire. Il faudra rechercher si un pareil régime est admissible sous l'empire d'une législation qui proclame et organise la liberté d'association et la liberté individuelle.

Sous l'ancien régime, les congrégations ne pouvaient se former légalement qu'en vertu d'une permission expresse du roi, donnée par lettres-patentes enregistrées par le parlement. Cf. notamment l'édit de d'Aguesseau de 1749. C'était logique. Les vœux entraînaient des incapacités reconnues par le droit civil; la société civile avait évidemment le droit de déterminer les congrégations dont les membres étaient frappés d'incapacité.

Dans le préamb. de la const. de 1791 il est dit que la loi ne reconnaît plus de *vœux religieux*. Déjà la loi du 13 février 1790 avait décidé : « La loi constitutionnelle du royaume ne reconnaitra plus de vœux monastiques solennels des personnes de l'un ni de l'autre sexe; en conséquence, les ordres et congrégations régulières dans lesquels on fait de pareils vœux sont et demeurent supprimés en France, sans qu'il puisse en être établi de semblables à l'avenir. Tous les individus de l'un et de l'autre sexe existant dans les monastères et maisons religieuses pourront en sortir ». En édictant cette disposition, l'Assemblée nationale était parfaitement logique avec elle-même. Le droit civil antérieur reconnaissait la validité des vœux monastiques. La loi civile nouvelle déclare ces vœux sans valeur et, d'autre part, n'admet pas le droit d'association. Les communautés religieuses où on fait des vœux ne peuvent donc plus avoir d'existence légale. L'idée qui domine la loi du 13 février 1790 est identique à celle qui a inspiré la loi Le Chapelier de juin 1791 prohibant les corporations professionnelles.

La loi de 1790 n'avait supprimé que les congrégations régulières, c'est-à-dire celles où l'on faisait des vœux solennels. D'après la constitution nouvelle toute association étant impossible, la Révolution devait évidemment aller plus loin et supprimer toutes les congrégations d'hommes et de femmes, même celles dites séculières où l'on ne faisait pas de vœux solennels. Ce fut l'objet de la loi du 18 août 1792, qui décide que « les corporations connues en France sous le nom de congrégations séculières ecclésiastiques, telles que... (suit une longue énumération), sont éteintes et supprimées à dater du jour de la publication du présent décret ». En 1792 comme en 1791, l'idée dominante est que, dans une société reposant essentiellement sur le principe de la liberté individuelle, il ne peut pas y avoir de corporation, pas plus de corporations laïques que de corporations ecclésiastiques. « Ce qui est, disait-on, une obstruction dans le corps humain, une corporation de citoyens l'est dans un corps politique ». Discours de Torné, cité d'après Aulard, *La Révolution française et les congrégations*, 1903, qui donne le texte complet du rapport de Gaudin et du discours de Torné, p. 218 et 233.

Au début du consulat, certaines congrégations hospitalières de femmes furent exceptionnellement autorisées. Le concordat de 1802 ne contient aucune clause relative aux communautés religieuses. L'art. 11 des *articles organiques* (L. 18 germinal an X) porte :

« Les archevêques et évêques pourront, *avec l'autorisation* du gouvernement, établir dans leurs diocèses des chapitres cathédraux et des séminaires. Tous autres établissements ecclésiastiques sont supprimés ». On visait là certainement les congrégations religieuses ; et il ressort du rapport de Portalis que l'intention du législateur de l'an X était de maintenir à l'égard des congrégations les prohibitions édictées par les lois de la période révolutionnaire.

Mais à la faveur de l'apaisement général, certaines congrégations d'hommes se formèrent assez rapidement, sous le nom de Pères de la foi, d'Adorateurs de Jésus ou Panacaristes, probablement affiliées à l'ordre des Jésuites. C'est ce qui provoqua le décret du 3 messidor an XII, qui les déclare dissoutes, et aussi toutes autres agrégations ou associations formées sous prétexte de religion et non autorisées. Le même décret décide que les ecclésiastiques qui composent ces associations se retireront dans leur diocèse pour y vivre sous la juridiction de l'ordinaire. L'art. 3 porte que les lois qui s'opposent à l'admission de tout ordre religieux dans lequel on se lie par des vœux perpétuels continueront d'être exécutées. L'art. 4 décide « qu'aucune agrégation ou association d'hommes et de femmes ne pourra se former à l'avenir sous prétexte de religion, à moins qu'elle n'ait été formellement autorisée par un décret impérial... ». L'acte de messidor était en harmonie parfaite avec la dictature napoléonienne. La cour de cassation lui a d'ailleurs reconnu force de loi, n'ayant pas été déféré au sénat pour inconstitutionnalité (Cass., 19 décembre 1864, S., 65. I. 18). Sous l'empire, plusieurs congrégations de femmes furent autorisées. V. notamment décret du 3 messidor an XII, art. 5. L'Institut des frères de la doctrine chrétienne fut reconnu par l'art. 109 du décret du 17 mars 1808 organisant l'Université, article aujourd'hui abrogé par la loi du 7 juillet 1904 (art. 6).

Sous la Restauration, la loi du 2 janvier 1817 décide que tout établissement ecclésiastique *reconnu par la loi* pourra accepter avec l'autorisation du roi des libéralités.... Il y a toujours eu un doute sur le sens de ce texte : exige-t-il pour l'autorisation une loi formelle, ou simplement une autorisation donnée légalement, même par le gouvernement seul ? La loi du 24 mai 1825 reconnut au gouvernement le droit d'autoriser par ordonnance les congrégations de femmes, ce qui semble indiquer qu'*a contrario* les congrégations d'hommes ne pouvaient être autorisées que par une loi formelle. Rapp. le décret-loi du 31 janvier 1852. Cf. l'ordonnance du 16 juin 1828 sur les écoles secondaires ecclésiastiques, qui, portée à la suite du *Mémoire de Montlosier sur un système religieux tendant à renverser la religion et le trône*, où étaient dénoncés les méfaits de la *congrégation*, décide que les établissements connus sous le nom d'écoles secondaires ecclésiastiques et où enseignent des personnes appartenant à une congrégation religieuse non autorisée, sont soumis au régime de l'Université, et que nul ne pourra

être directeur ou professeur dans un établissement universitaire ou une école secondaire ecclésiastique « s'il n'a affirmé par écrit qu'il n'appartient à aucune congrégation religieuse non légalement établie en France ».

La loi du 15 mai 1850 (loi Falloux) supprima ces restrictions (cf. § 84), et à la faveur de ses dispositions le sol de la France se couvrit d'établissements d'enseignement congréganistes. Grâce aussi à la tolérance du gouvernement impérial d'abord et du gouvernement républicain ensuite, le nombre des congrégations de tout genre augmenta considérablement. Reprenant les traditions de la politique napoléonienne et monarchique, M. Jules Ferry, alors ministre de l'instruction publique, provoqua les décrets du 29 mars 1880, qui, rappelant les lois dites *existantes* (lois de 1790, 1792, décret de messidor an XII, lois de 1817, de 1825), ordonnaient la dissolution immédiate de la Compagnie de Jésus, donnaient trois mois à toutes les autres congrégations pour demander l'autorisation et en ordonnaient la dissolution si elles ne demandaient pas l'autorisation ou si, l'ayant demandée, elles ne l'obtenaient pas. Ces décrets furent tout d'abord rigoureusement appliqués, particulièrement contre les jésuites. Mais le gouvernement ne put pas ou ne voulut pas continuer cette exécution. Les congrégations continuèrent à vivre en paix, autorisées ou non. L'Etat d'ailleurs implicitement reconnaissait même les congrégations non autorisées puisqu'il les frappait d'un impôt spécial, la taxe d'accroissement (LL. 29 décembre 1884, art. 9 et 16 avril 1895, art. 3).

La crise née de l'affaire Dreyfus, le rôle politique attribué à certaines congrégations provoquèrent le dépôt par le ministère Waldeck-Rousseau, le 14 novembre 1899, du projet de loi qui est devenu la loi du 1er juillet 1901 et dont on a, au début même de ce §, analysé celles des dispositions relatives aux congrégations.

La liberté d'association étant aujourd'hui reconnue et organisée, le régime spécial de police, sous lequel les lois du 1er juillet 1901 et du 7 juillet 1904 ont placé les congrégations, ne peut se justifier en droit que s'il existe un criterium juridique certain, qui permette d'établir une différence déterminée entre les associations ordinaires et les congrégations. Or, il nous semble bien que ce criterium n'existe pas.

Le législateur paraît lui-même l'avoir reconnu. Le projet du gouvernement déposé le 14 novembre 1899 n'employait pas le mot de congrégation. Il parlait « d'associations emportant renonciation à des droits qui ne sont pas dans le commerce », et décidait que de pareilles associations étaient nulles et de nul effet. En outre, le gouvernement proposait de décider que les associations entre Français dont le siège ou la direction serait fixée à l'étranger ou confiée

à des étrangers seraient soumises à une autorisation par décret, cette autorisation devant être une simple autorisation de police et ne donnant point la personnalité. Mais cette rédaction fut très vivement critiquée à la commission de la chambre. On fit observer que par ces périphrases on voulait atteindre les congrégations, mais qu'on atteignait en même temps beaucoup d'associations qu'il n'y avait aucune raison d'assimiler aux congrégations, par exemple des associations littéraires, politiques. On ajoutait que la formule « ... renonciation à des droits qui ne sont pas dans le commerce » était obscure, que les lois antérieures avaient toujours parlé des congrégations sans essayer de les définir, qu'il fallait faire de même, et que personne ne s'y tromperait; d'où le texte de l'art. 13. Cf. Trouillot, *Rapport* à la chambre, *J. off.*, 1900, *doc. parl.*, p. 1217; Trouillot et Chapsal, *Du contrat d'association*, 1902, p. 201. Au sénat, M. Bérenger proposa d'introduire dans le texte de la loi la définition suivante : « La congrégation religieuse est l'association de plus de vingt personnes, liées par des vœux religieux et vivant en commun ». Mais sur la demande de M. Waldeck-Rousseau et de M. Vallé, rapporteur, le sénat repoussa cet amendement et vote le texte de la chambre devenu l'art. 13 de la loi parlant simplement des congrégations sans donner aucune définition (sénat, séance du 19 juin 1901).

Pour qu'il y eût un criterium juridique permettant de distinguer la congrégation de l'association ordinaire, il faudrait qu'il y eût de la part des membres de la congrégation une manifestion extérieure de volonté tombant sous la prise du droit et susceptible de donner à l'association considérée un caractère particulier. Or, il nous paraît qu'un pareil criterium n'existe point. Les caractères que les rapporteurs de la loi à la chambre et au sénat, M. Trouillot et M. Vallé, ont paru admettre comme signes distinctifs de la congrégation sont les suivants : au premier rang, *les vœux*, solennels ou perpétuels, simples ou temporaires, en général, vœux de chasteté, de pauvreté et d'obéissance; les statuts de la congrégation qui ont une partie canonique qui forme la *règle;* la perpétuité de l'association qui est la conséquence de la destination pieuse qu'elle poursuit, le costume et la vie en commun. Or, il est facile de montrer qu'aucun de ces éléments ne peut avoir une influence quelconque sur le caractère d'une association.

D'abord la distination religieuse et le caractère de perpétuité qui en dérive : il est certain que le but religieux en vue duquel est constituée une association ne lui donne point le caractère de congrégation ; on a dit à maintes reprises à la chambre et au sénat que des associations fondées entre laïques en vue d'un but religieux restaient soumises au droit commun ; et la chambre a montré qu'elle acceptait cette solution en écartant l'amendement qui exceptait les associations religieuses du bénéfice de l'art. 2 de la loi de 1901 (séance 4 février 1901). Aujourd'hui il ne peut pas y avoir d'association, ayant un but religieux, formée entre prêtres, puisque depuis la loi de séparation, aux yeux de la loi civile, il n'y a plus de prêtres. Quant à la vie en commun, c'est là un fait qui ne peut avoir aucune influence sur la nature juridique d'une association. D'abord on a reconnu qu'il pouvait y avoir congrégation sans qu'il y ait vie en commun. D'autre part, il peut y avoir vie en commun d'un certain nombre de personnes alors qu'il est certain qu'il n'y a ni association ni congrégation. Quant au port d'un costume spécial, c'est une question de police qui ne peut avoir aucune conséquence relativement à la nature d'une association. Dans un local privé et clos, chacun peut se vêtir comme il l'entend ; dans un endroit public, l'autorité de police doit déterminer les conditions de costume exigées pour la décence et la tranquillité publiques.

Quant aux vœux, ils ne peuvent certainement pas constituer un élément qui donne juridiquement un caractère particulier à une association. Ces vœux ne produisent aucun effet reconnu par la loi civile (const. 1791, préamb.). Au point de vue du droit moderne, ce ne sont pas des manifestations extérieures de la volonté en vue de produire un effet de droit. Les vœux de pauvreté, de chasteté et d'obéissance sont des résolutions intérieures, qui relèvent de la conscience individuelle de chacun, que le législateur ne peut pas connaître, n'a pas le droit de connaître. Il ne peut donc pas fon-

der tout un système législatif sur un acte de volonté intérieure, qui échappe entièrement à son empire.

MM. Trouillot et Chapsal ont bien compris cette objection ; ils écrivent : « Si de pareils vœux sont sans valeur aux yeux de la loi civile, ... le pouvoir séculier peut être amené à s'en préoccuper... au point de vue de l'application de la loi au congréganiste attaché à des groupements irréguliers » (*Du contrat d'association*, p. 203). En vérité il n'est pas sérieux d'écrire de pareilles choses. Ainsi, d'après MM. Trouillot et Chapsal, les vœux sont sans valeur aux yeux de la loi civile, c'est-à-dire ils ne sont ni bons ni mauvais ; ils sont comme s'ils n'existaient pas ; c'est un fait de conscience intime ; mais c'est pour ce fait qui n'existe pas pour lui que le législateur punit des citoyens français qui veulent user de la liberté d'association, consacrée par la constitution républicaine de 1848 et organisée par la loi de 1901, des peines édictées par l'art. 16 de cette loi et par la loi du 4 décembre 1902 ; c'est à raison de ce fait, qui n'existe pas pour lui, que le législateur prive des citoyens français de la liberté d'enseigner, consacrée par la constitution de 1848 et par une série de lois postérieures. Tout cela revient à dire que tout Français que l'on soupçonne d'avoir prononcé certains vœux est suspect aux yeux de la loi, passible de condamnation pénale et frappé de déchéances. V. l'exposé des motifs du projet Floquet, 5 juin 1888, où l'inexistence des vœux au point de vue de la loi civile est remarquablement mise en relief.

Ainsi la législation de 1901 et de 1904 peut s'expliquer peut-être par des considérations d'ordre politique que nous n'avons pas à apprécier. Au point de vue du droit, elle constitue une violation directe des principes de liberté d'association, de liberté d'enseignement et d'égalité civile.

Nous n'avons point parlé du régime des biens appartenant aux congrégations religieuses, ce qui est une tout autre question. Qu'à la faveur de la tolérance du gouvernement des situations irrégulières au point de vue du régime des biens se soient établies, c'est possible. L'application du droit commun suffisait pour rétablir une situation légale ; il fallait appliquer simplement aux congrégations les règles édictées pour les associations en général. — Pour la liquidation des biens des congrégations, cf. L. 1er juillet 1901, art. 17, 18 ; L. 17 juillet 1903, L. 7 juillet 1904, art. 5 ; 2e décret du 16 août 1901 ; D. D. 2 janvier et 17 juin 1905.

92. Le droit de propriété. — Le législateur ne peut faire aucune loi qui porte atteinte à la propriété des individus. La propriété est rangée, par la Déclaration des droits, au nombre de ces droits naturels

dont l'homme se trouve investi au moment même de sa naissance par cela même qu'il est homme. « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits... Ces droits sont... la propriété » (Déclaration 1789, art. 1 et 2). Mais les auteurs de la Déclaration ne se sont pas contentés de cette formule générale ; ils ont tenu à préciser et ont voté l'art. 17 ainsi conçu : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » (Décl. des droits 1789, art. 17). Conformément à ce principe, la constitution de 1791 déclare garantir « l'inviolabilité des propriétés ou la juste et préalable indemnité de celles dont la nécessité publique, légalement constatée, exigerait le sacrifice » (tit. I, § 4). Le droit de propriété est affirmé dans des termes analogues par la Déclaration des droits de 1793, art. 19, et la constitution de 1793, art. 122. Dès le premier jour de sa réunion, la Convention avait d'ailleurs déclaré que « les personnes et les *propriétés* étaient sous la sauvegarde de la nation » (Décret du 21 septembre 1792), et le 18 mars 1793 la Convention décrétait la peine de mort contre quiconque « proposerait une loi agraire ou toute autre subversive des propriétés territoriales, commerciales et industrielles ». Rapp. Déclaration des droits de l'an III, art. 1 et 5 ; Const. an III, art. 358 ; Charte de 1814, art. 19 ; Charte de 1830, art. 8 ; Const. 1848, pr., art. IV, VIII, et art. 11 ; Const. 1852, art. 26.

Le texte contenant l'affirmation « que le droit de propriété est un droit inviolable et sacré », n'était pas dans le projet de la Déclaration des droits de 1789. Mais quand l'art. 16 eut été voté, un grand nombre de députés demandèrent que l'on insérât dans la Déclaration des droits un article concernant spécialement la propriété. Une rédaction fut proposée par Duport et adoptée immédiatement, malgré d'assez nombreux amendements ; elle est devenue l'art. 17 précité de la Déclaration des droits de 1789 (séance du 26 août 1789, *Archives parlem.*, 1re série, VIII, p. 489).

Comment le législateur constituant entend-il la pro-

priété dans les divers textes rapportés ? Evidemment au sens romain du mot : c'est l'affectation exclusive d'une certaine richesse aux besoins d'un individu, avec le pouvoir de celui-ci d'user de la chose, d'en percevoir les fruits et d'en disposer. La Déclaration de 1789 ne définit point le droit de propriété. Mais à l'art. 16 de la Déclaration de 1793, on lit : « Le droit de propriété est celui qui appartient à tout citoyen de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie », et à l'art. 5 de la Déclaration des droits de l'an III une formule tout à fait identique. Enfin le code civil, dont l'objet principal a été de mettre en œuvre et de garantir ce droit de propriété, dont l'inviolabilité avait été affirmée par les Déclarations et les constitutions de la période révolutionnaire (si bien qu'on a pu l'appeler justement le *code de la propriété*), définit la propriété à l'art. 544 : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi et les règlements ».

En déclarant que la propriété est un droit naturel de l'homme, un droit inviolable et sacré, sauf l'expropriation pour cause d'utilité publique moyennant une juste et préalable indemnité, incontestablement le législateur de 1789 ne voulait pas dire que tout homme, en venant au monde, par cela seul qu'il est homme a le droit d'être propriétaire d'une certaine quantité de richesse. Si la Déclaration de 1789 avait eu ce sens, elle eût exprimé les principes du pur communisme. Cependant, à prendre au pied de la lettre les textes précités et même ceux de 1789, on peut en conclure que tout homme apporte en naissant le droit naturel et sacré d'être propriétaire, et que tous les hommes ont le droit d'être propriétaires d'une égale quantité de richesse. Aux termes de l'art. 1er, tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits, et d'après l'art. 2, ces droits sont la liberté et

la propriété. Dès lors, de même que tous les hommes doivent être également libres, ils doivent être également propriétaires. De même que l'Etat doit assurer à tous une égale liberté, il doit assurer à tous une égale propriété. Telle n'était point cependant la pensée des rédacteurs de la Déclaration et de la constitution de 1789-91, ni même des auteurs de la Déclaration de 1793. Mais il n'est pas douteux que les formules proclamées alors contenaient en elles tout le Babouvisme, qui ne fera que tirer les conséquences rigoureusement logiques du principe qu'elles impliquent.

Le Babouvisme est le développement logique du Jacobinisme. L'*Analyse de la Doctrine de Babeuf* et le *Manifeste des égaux* ne sont que le développement logique des Déclarations des droits. Dans le premier de ces documents, on lit : « 1° La nature a donné à chaque homme un droit égal à la jouissance de tous les biens.... 6° Nul n'a pu sans crime s'approprier exclusivement les biens de la terre ou de l'industrie.... 7° Dans une véritable société, il ne doit y avoir ni riches ni pauvres ». D'ailleurs l'auteur de ce document invoque expressément la constitution de 1793. « La constitution de 1793 est la véritable loi des Français.... Ceux qui ont porté la main sur la constitution de 1793 sont coupables de lèse majesté populaire ». (Cité d'après Aulard, *Histoire politique de la Révolution française*, 1901, p. 628 et 629). Cf. A. Thomas, *Babeuf et la doctrine des égaux, extrait des œuvres complètes*, 1906.

Tout cela était particulièrement préparé par la théorie jacobine de la propriété exposée par Robespierre dans un discours prononcé à la Convention le 24 avril 1793 et qui commence par ces mots : « Je vous proposerai d'abord quelques articles nécessaires pour compléter votre théorie sur la propriété. Que ce mot n'alarme personne. Ames de boue qui n'estimez que l'or, je ne veux point toucher à vos trésors, quelque impure qu'en soit la source ». Robespierre développe cette idée que la propriété est une institution sociale et propose de définir la propriété « le droit qu'a chaque citoyen de jouir et de disposer de la portion des biens qui lui est garantie par la loi: et comme en même temps il affirme que les hommes sont égaux et que la société a pour devoir de garantir cette égalité, il en résulte que la loi, pour respecter le principe d'égalité, doit assurer à chaque citoyen la jouissance et la disposition d'une égale quantité de richesse. Cela n'était pas dit expressément par Robespierre, mais cela résultait logiquement de ses déclarations (*Moniteur*, réimpression, XVI, p. 212 et 295). — Aussi quand les collectivistes modernes invoquent en faveur de leurs doctrines les principes de la Révolution, ils n'ont pas tout à fait tort. Ni les doc-

trines communistes, ni les doctrines collectivistes n'étaient certainement dans l'esprit des hommes de 1789-91, de 1793; mais avec une logique rigoureuse on peut dire qu'elles étaient contenues dans les principes qu'ils formulaient.

L'idée qui dominait l'esprit du législateur de la Révolution était tout simplement que la conservation des propriétés existant en fait devait être garantie aux titulaires actuels de ces propriétés. Il voulait affirmer qu'il existe pour celui qui est ou sera propriétaire un droit qui est exclusif du droit que pourraient revendiquer les autres, un droit auquel le législateur lui-même ne peut pas porter atteinte sans attribuer une indemnité préalable au propriétaire ainsi exproprié.

Cette inviolabilité des propriétés existantes fut affirmée, même dans la séance du 4 août, pour les droits féodaux qui sont déclarés être de vrais droits de propriété et qui ne peuvent être supprimés sans indemnité. L'art. 1 du décret porte : « L'Assemblée nationale déclare complètement aboli le régime féodal... Les droits féodaux qui tiennent à la main-morte réelle ou personnelle et à la servitude personnelle sont abolis sans indemnité; tous les autres sont déclarés rachetables; le prix et le mode de rachat seront fixés par l'Assemblée nationale ». Rapp. la loi des 15-28 mars 1790 relative aux droits féodaux, votée sur le rapport de Merlin. Ainsi les droits qui dérivent du servage sont abolis sans indemnité; mais ces droits, résultant d'une restriction apportée à la liberté individuelle, ne peuvent être considérés comme une propriété. Quant aux autres droits féodaux, ce sont des droits légitimes qu'on supprime parce qu'on supprime tout ce qui reste de la féodalité, mais qu'on supprime moyennant une indemnité. Le 4 août 1789, le duc d'Aiguillon disait, aux applaudissements de l'Assemblée : « Ces droits sont une véritable propriété et toute propriété est inviolable » (*Archives parlem.*, 1re série, VIII, p. 344). — Il faut dire d'ailleurs qu'en fait ces indemnités ne furent pas payées.

En affirmant l'inviolabilité des propriétés existantes, les Constituants et les Conventionnels avaient-ils une opinion précise sur le fondement de la légitimité de la propriété individuelle?

M. Faguet a écrit : « Les Constituants et les Conventionnels sont *propriétaristes* parce qu'ils sont libéraux; ils sont pour la propriété individuelle parce qu'ils sont pour la liberté individuelle avec ce qui en dérive et avec ce qui la soutient » (*Le libéralisme*, 1904, p. 78). Ainsi, comme l'école libérale du XIXe siècle, ils auraient vu dans l'inviolabilité de la propriété individuelle une conséquence nécessaire et directe de la liberté individuelle, la propriété étant le

résultat du libre développement de l'activité individuelle, et l'individu ayant naturellement un droit légitime et sacré au produit de son activité et pouvant en disposer librement.

Très probablement, la grande majorité des Constituants et des Conventionnels n'eurent point de conception nette sur le fondement de la propriété ; ils ne se posaient pas la question. Ils comprenaient la propriété en juristes, c'est-à-dire au point de vue des conséquences qu'elle entraîne, des bénéfices qu'elle assure à son titulaire, et non point en philosophes, en économistes, au point de vue de son fondement et de son rôle social. Ils ont voulu affirmer que toute propriété existante était intangible ; mais ils n'ont point voulu déterminer la raison pourquoi il en était ainsi. S'ils ont solennellement affirmé l'intangibilité du droit de propriété, c'est que la grande majorité d'entre eux étaient propriétaires. Au point de vue politique et social, la Révolution a été l'œuvre du tiers-état, c'est-à-dire de la classe moyenne propriétaire ; les représentants de cette classe formaient la majorité de la Constituante et de la Convention. Leur préoccupation constante est de placer la propriété sous la sauvegarde des Déclarations des droits et des constitutions, et d'affirmer ainsi qu'elle s'impose au respect du législateur lui-même.

Aussi bien, au moment très court où l'élément démocratique paraît devoir l'emporter, en 1793, celui qui le représente le mieux, Robespierre, soutient que la propriété n'est qu'une pure concession de la loi ; d'où il résulte que la loi peut, quand bon lui semble, retirer cette concession. V. le discours déjà cité de Robespierre, 24 avril 1793, *Moniteur*, réimpression, XVI, p. 212. Robespierre devait certainement s'inspirer de Rousseau, qui a écrit au *Contrat social :* « Car l'Etat, à l'égard de ses membres, est maître de tous leurs biens par le contrat social, qui dans l'Etat sert de base à tous les droits... De quelque manière que se fasse cette acquisition, le droit que chaque particulier a sur son propre fonds est toujours subordonné au droit que la communauté a sur le tout, sans quoi il n'y aurait ni solidité dans le lien social, ni force réelle dans l'exercice de la souveraineté » (*Contrat social,* liv. I, chap. IX).

Du reste ce qui prouve bien que la grande majorité des membres de la Constituante et de la Convention n'avaient point d'idée nette sur le fondement de la propriété, c'est que ni l'une ni l'autre n'hési-

tèrent à confisquer au profit de la nation les biens du clergé et de la noblesse. Et cependant si la propriété est un droit naturel fondé sur la liberté individuelle, toutes les propriétés sont également respectables. De nombreux textes de l'époque révolutionnaire, qui, en dehors des textes précités, consacrent l'inviolabilité de la propriété, visent particulièrement l'irrévocabilité des ventes de biens nationaux. Cf. notamment L. 28 octobre-5 novembre 1790 et Constitution an III, art. 373 et 374. Ainsi ces textes consacrent à la fois la confiscation de ces biens sur leurs anciens propriétaires contrairement au principe de l'inviolabilité de la propriété et l'inviolabilité des acquisitions qui en ont été faites par les bourgeois acquéreurs de biens nationaux. Bref la propriété des nobles et des clercs n'est point inviolable, mais celle des bourgeois artisans et bénéficiaires de la Révolution est au contraire intangible.

Le décret du 2 novembre 1789, qui « met à la disposition de la nation tous les biens ecclésiastiques », ne fut voté qu'après une très longue discussion. De la lecture de ces débats, on retire cette impression très nette que les hommes dirigeants de l'Assemblée n'ont point de doctrine arrêtée sur le fondement de la propriété, qu'ils prennent la propriété comme un fait dont ils veulent le maintien dans la mesure où une modification à cet état de choses pourrait les léser, mais dont ils ne redoutent point le changement dans la mesure où il ne les atteint pas. Thouret est le seul orateur qui reconnaisse que la propriété est un droit *naturel* antérieur à la loi, mais il s'empresse d'ajouter que cela n'est vrai que de la propriété des individus. « Les individus et les corps diffèrent par leurs droits à cet égard. Les individus existant avant la loi, ils ont des droits qu'ils tiennent de la nature, des droits imprescriptibles ; tel est le droit de propriété. Tous corps, au contraire, n'existant que par la loi et leurs droits dépendant de la loi, elle peut les modifier, les détruire... » (*Moniteur*, réimpression, II, p. 84). Quant à Mirabeau, il déclare, comme le fera Robespierre, que la propriété n'a d'autre fondement que la loi, et la conséquence logique c'est que la loi peut supprimer la propriété (*Moniteur*, réimpression, II, p. 110).

En résumé, la Constituante et la Convention ont eu avant tout la pensée de garantir les propriétés existantes de la classe bourgeoise à laquelle appartenaient la grande majorité de leurs membres. Elles n'ont point eu des principes arrêtés sur le fondement de la propriété. Quelques-uns y voyaient un droit naturel; mais la grande majorité y voyaient seulement une création de la loi positive, sur l'importance sociale de laquelle d'ailleurs on ne s'expliquait point. Les formules vagues et générales dont on s'est servi peuvent au reste, combinées avec le principe d'égalité, fournir

un point d'appui aux doctrines communistes et collectivistes modernes.

De cela il résulte que les dispositions de la Déclaration des droits de 1789, relatives à la propriété, ne peuvent pas avoir aujourd'hui la force limitative qu'ont à l'égard du législateur les dispositions sur la liberté. Celle-ci est un droit antérieur à la société; la Déclaration des droits le consacre et les dispositions qu'elle édicte à cet égard s'imposent au législateur. La propriété figure sans doute dans la Déclaration des droits; malgré cela, elle n'est qu'une concession du législateur; celui-ci peut donc y apporter des modifications et des restrictions et même la supprimer sans violer une loi supérieure à lui.

Peut-être peut-on soutenir que dans la const. de 1848 la propriété était au contraire considérée comme un droit supérieur aux lois positives, échappant ainsi à l'atteinte du législateur ordinaire. A l'art. III du préambule, on lit : « La république reconnaît des droits et des devoirs antérieurs et supérieurs à la loi positive », et à l'art. VIII : « La République doit protéger le citoyen dans sa personne..., sa propriété ». Du rapprochement de ces deux textes il semble bien ressortir que, dans la pensée du législateur constituant de 1848, la propriété est un droit naturel supérieur au législateur et s'imposant au respect de celui-ci.

En dehors des textes de loi, comment faut-il, au point de vue politique, économique et social, concevoir le droit de propriété ? C'est une question considérable et dont l'étude ne rentre pas dans le cadre d'un *Manuel* de droit constitutionnel. On dira seulement que la doctrine qui, à certaines époques, a eu grand crédit et d'après laquelle le droit de propriété, dérivant de la liberté individuelle, serait fondé sur le droit que chacun a de disposer du produit de son travail, est absolument impuissante à justifier la propriété telle qu'elle existe dans les sociétés modernes. Peut-être pourrait-elle justifier la propriété individuelle des choses mobilières ; elle ne peut évidemment légitimer la propriété immobilière, ni la propriété capitaliste sous ses différentes formes et non plus la transmission héréditaire. La propriété immobilière, capitaliste et

héréditaire ne peut s'expliquer que par son utilité sociale et l'on n'aura démontré qu'elle est légitime que si l'on démontre qu'à une époque donnée elle est socialement utile.

De là résultent certaines conséquences très importantes. La propriété, reposant uniquement sur l'utilité sociale, ne doit exister que dans la mesure de cette utilité sociale. Le législateur peut donc apporter à la propriété individuelle toutes les restrictions qui sont conformes aux besoins sociaux auxquels elle correspond. La propriété n'est point un droit intangible et sacré, mais un droit continuellement changeant qui doit se modeler sur les besoins sociaux auxquels il vient répondre. S'il arrive un moment où la propriété individuelle ne répond plus à un besoin social, le législateur doit intervenir pour organiser une autre forme d'appropriation des richesses. Dans un pays où la propriété individuelle est reconnue par la législation positive, le propriétaire a, par cela même qu'il est propriétaire, un certain rôle social à remplir; et l'étendue de son droit de propriété doit être déterminé par la loi et par la jurisprudence qui l'applique, d'après le rôle social qu'il doit remplir : il ne peut prétendre d'autre droit que celui de pouvoir remplir librement, pleinement et entièrement sa fonction sociale de propriétaire.

A ce point de vue s'explique très bien toute la jurisprudence nouvelle sur la responsabilité du propriétaire à l'occasion de la chose dont il est propriétaire et sur l'abus du droit. V. notamment Ripert, *De l'exercice du droit de propriété*, 1902. — Sur le fondement social de la propriété individuelle, cons. Gide, *Economie politique*, 9e édit., 1905, p. 403 et suiv.; Landry, *L'utilité sociale de la propriété individuelle,* 1900; Marguery, *Le droit de propriété et le régime démocratique,* 1905.

La propriété industrielle. — A notre époque particulièrement industrielle, est née une forme nouvelle de la propriété : la propriété d'une invention, d'un procédé industriel, garantie par la législation sur les brevets d'invention et les marques de fabrique. Le principe en était déjà consacré par l'art. 357 de la cons. de l'an III, et il a été mis en œuvre par les lois des 5 juillet 1844, 31 mai 1856, 23 juin 1856 et 3 mai 1892.

On peut se demander si cette propriété ainsi garantie ne constitue pas une atteinte à la liberté du travail et de l'industrie. Assurément dans une société qui reposerait sur une conception purement socialiste du droit on concevrait difficilement que le législateur pût réserver à un seul le profit d'une invention industrielle ou d'un procédé de fabrication. Mais nos sociétés modernes ne sont pas encore arrivées à cette conception, dont elles se rapprochent d'ailleurs constamment. On conçoit donc que le législateur assure à chacun le profit de sa découverte. Mais cette législation de la propriété industrielle devrait reposer bien plutôt sur l'idée du rôle social que remplit l'inventeur industriel, que sur l'idée d'une attribution exclusive d'une richesse fondée sur un droit individuel.

La même conception et la même observation doivent s'appliquer à la propriété artistique et littéraire reconnue et réglementée aujourd'hui par les lois des 19 juillet 1793, 14 juillet 1866 et 11 mars 1902.

93. Des obligations positives de l'Etat. — Jusqu'à présent on a montré les choses que l'Etat ne pouvait pas faire. Mais il est incontestable que, dans les conceptions modernes, la subordination de l'Etat au droit entraîne d'autres conséquences. Non seulement il y a des choses que l'Etat ne peut pas faire, mais encore il y a des choses que l'Etat est *obligé* de faire; il y a des obligations positives qui s'imposent à lui; il y a des lois qu'il est obligé de faire. Si l'on n'est d'accord ni sur l'étendue ni sur le fondement de ces obligations, tout le monde reconnaît qu'elles existent; et les Etats modernes, particulièrement la France, ont par des lois récentes reconnu expressément certaines de ces obligations et organisé des services publics pour en assurer la réalisation.

D'abord l'Etat moderne est assurément obligé de donner gratuitement à tous un minimum d'enseignement. On a montré, au § 84, que l'Etat n'excédait point ses pouvoirs en imposant à tous l'obligation d'acquérir un minimum d'instruction. L'Etat est donc obligé en retour d'organiser un enseignement primaire neutre et gratuit. On sait que l'Etat français n'y a point manqué. Cf. LL. 16 juin 1881, 28 mars 1882 et 30 octobre 1886.

Il ne suffit pas que l'Etat ne porte aucune atteinte

par ses lois au libre développement de l'activité individuelle ; il faut encore que chacun puisse développer son activité individuelle. Par conséquent, si un individu est sans ressources et dans l'impossibilité de s'en procurer par son travail parce qu'il est malade, infirme ou vieux, l'Etat doit lui assurer les moyens de se soigner et de se remettre, ou s'il est incurable les moyens de subsister. L'Etat doit faire des lois reconnaissant cette obligation et la mettant en œuvre.

On citera, dans cet ordre d'idées, la loi du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale gratuite (rap. LL. 22 mars 1897, art. 43, et 13 avril 1898, art. 58) ; la loi du 27 juin 1904 sur le service des enfants assistés, modifiée par la loi du 22 avril 1905, art. 44 ; la loi du 14 juillet 1905 relative à l'assistance obligatoire aux vieillards, aux infirmes et aux incurables privés de ressources. Cette loi formule d'une manière très nette le principe de l'obligation dans l'art. 1 : « Tout Français privé de ressources, incapable de subvenir par son travail aux nécessités de l'existence, et soit âgé de plus de 70 ans, soit atteint d'une infirmité ou d'une maladie reconnue incurable, reçoit... l'assistance instituée par la présente loi ». Rapp. la circulaire de M. Clémenceau, ministre de l'intérieur, annonçant aux préfets que, par suite d'un accord entre le gouvernement et la commission du budget, la loi du 14 juillet 1905 serait appliquée intégralement à partir de 1907.

Pour assurer l'accomplissement de ces devoirs, le législateur a imaginé un procédé ingénieux : il a mis une partie des dépenses de l'enseignement et la plus grande partie des dépenses de l'assistance à la charge des personnes administratives subordonnées, départements et communes, et ainsi, par le système des dépenses obligatoires, l'Etat peut directement contraindre les départements et les communes à accomplir les obligations qui assurent le fonctionnement des services d'enseignement et d'assistance.

C'est par exemple la loi municipale du 5 avril 1884 (art. 136, n° 9) qui déclare obligatoires pour les communes les dépenses relatives à l'instruction publique conformément aux lois. Cf. LL. 30 octobre 1886, art. 11-15 et 10 juillet 1903. V. encore L. 15 juillet 1893 (art. 26, § 3) qui déclare dépenses obligatoires pour les départements et les communes les dépenses ordinaires de l'assistance médicale gratuite qui leur incombent; L. 27 juin 1904 (art. 56) qui, combinée avec la loi du 5 avril 1884, art. 136, n° 10, met au nombre des dépen-

ses obligatoires des départements et des communes la part qui leur incombe dans les dépenses des enfants assistés ; L. 14 juillet 1905 (art. 27 et 28), qui fait aussi des dépenses obligatoires des dépenses imposées aux départements et aux communes pour l'assistance aux vieillards, aux infirmes et aux incurables.

La législation positive moderne n'a point encore consacré l'obligation pour l'Etat d'assurer du travail à tout individu qui, voulant s'en procurer, n'en trouve pas. Mais on admet en général que l'Etat est obligé d'intervenir pour réglementer le travail et pour protéger le travailleur (cf. § 81). On doit signaler une loi qui se rattache à l'idée que l'Etat est obligé de procurer du travail à tout individu qui veut travailler, la loi du 14 mars 1904, qui oblige les communes ayant plus de 10.000 habitants à créer un bureau municipal de placement, et toutes les communes à avoir un registre constatant les offres et demandes de travail et d'emploi (art. 4).

Quant au fondement de ces diverses obligations positives de l'Etat, il est facile de le déterminer, si l'on admet la doctrine de la solidarité sociale exposée au § 6. La règle de droit impose à tous l'obligation de ne rien faire qui soit contraire à la solidarité sociale et de faire tout ce qu'ils peuvent pour assurer le développement de cette solidarité. La règle de droit ainsi fondée et ainsi comprise s'impose à tous, gouvernés et gouvernants ; elle s'impose au monarque absolu, aux parlements élus soit au suffrage restreint, soit au suffrage universel ; elle s'impose au peuple directement consulté si c'est lui qui fait la loi. En un mot, elle s'impose à l'Etat, quelles que soient ses formes politiques. Il est obligé non seulement de ne faire aucunes lois qui portent atteinte à la solidarité sociale, mais encore de faire toutes les lois qui sont nécessaires pour assurer la réalisation de la solidarité sociale. Or comme le facteur de la solidarité sociale (on l'a montré au § 6) est avant tout l'activité individuelle, l'Etat est non seulement obligé de ne rien faire qui porte atteinte au libre développement de l'activité physique, intellec-

tuelle et morale de l'individu, mais encore de faire toutes les lois, d'organiser tous les services qui permettront à tous les individus de développer complètement leur activité physique, intellectuelle et morale.

Par exemple, il est inadmissible qu'un individu valide et qui veut travailler ne puisse pas trouver du travail, et c'est un devoir pour l'Etat d'organiser les choses de telle manière que tout individu qui veut travailler et qui a besoin de travailler pour vivre puisse trouver du travail. Il est inadmissible que celui qui travaille pour le compte d'autrui soit exploité par son patron et soit obligé d'accepter des salaires de famine ou de faire un travail au-dessus de ses forces; c'est un devoir pour l'Etat de faire des lois protectrices du travail; en les édictant il ne fait que remplir son obligation d'assurer le libre développement de l'activité physique de l'individu. C'est pour la même raison que l'Etat est obligé d'assurer des soins à tous ceux qui sont malades, des moyens de subsistance aux vieillards, aux infirmes et aux incurables, et à tous enfin un minimum de culture intellectuelle, car c'est la condition première pour que chacun puisse développer librement son activité intellectuelle et morale.

Cf. pour le développement de ces idées, Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 255-318.

On pose souvent la question de savoir si l'individu a contre l'Etat un droit à l'assistance, au travail, à l'enseignement. L'école individualiste a dû poser ainsi la question, puisqu'elle fonde la limitation de l'Etat sur l'existence de droits antérieurs à lui et appartenant à l'individu. La question ainsi posée est insoluble. D'ailleurs la solution importe peu. Il suffit en effet d'établir que l'Etat est *obligé positivement* de faire des lois qui organisent les services publics de telle façon que tout individu puisse obtenir l'assistance quand il ne peut travailler et qu'il est sans ressource, du travail quand il en demande et qu'il peut travailler et toujours gratuitement un minimum d'instruction. Peu importe qu'il y ait là ou non un *droit subjectif* de l'individu; l'essentiel est d'établir qu'il existe un *devoir objectif* de l'Etat, et d'organiser les services publics nécessaires pour en assurer l'accomplissement.

La doctrine individualiste est au reste impuissante à établir le

droit subjectif de l'individu à une prestation active de la part de l'Etat. En effet, si elle démontre que l'homme a le droit d'exiger de ses semblables qu'ils ne portent pas atteinte à sa liberté, elle ne prétend point que chacun ait le droit d'exiger des autres à son profit une prestation active. Si l'individu n'a pas ce droit contre les autres individus, il ne peut l'avoir contre la collectivité, contre l'Etat.

Cependant certains auteurs contemporains, notamment M. Henry Michel (*L'idée de l'Etat*, 1898, p. 96 et 646), ont soutenu que la doctrine individualiste bien comprise devait reconnaître ces obligations de l'Etat. Mais ils ne démontrent point comment cette obligation formelle peut dériver logiquement des principes individualistes. Les néo-individualistes reconnaissent bien que le droit de tout homme à l'existence et au développement de son être n'implique point pour les autres individus le devoir juridique d'assistance, que le devoir d'assistance est un devoir moral, mais point une obligation juridique et positive dérivant du droit à l'existence. S'il en est ainsi, pourquoi les droits individuels de l'homme impliqueraient-ils l'obligation juridique positive pour l'Etat, c'est-à-dire pour la collectivité, d'assurer à chacun les moyens de vivre, de se développer intellectuellement et physiquement ? Si la doctrine individualiste ne peut fonder une obligation juridique active pour l'individu, elle ne le peut pas davantage pour la collectivité. Si l'on veut fonder le droit public sur les principes individualistes, on peut bien affirmer le devoir moral de l'Etat de fournir assistance, de distribuer l'enseignement, d'assurer du travail ; mais on ne peut point donner un fondement juridique à ces obligations.

M. Henry Michel estime que l'Assemblée nationale de 1789 et surtout la Convention ont reconnu le droit à l'assistance et le droit à l'enseignement, sinon le droit au travail (*L'idée de l'Etat*, 1898, p. 90). Nous croyons au contraire que l'Assemblée de 1789 n'a jamais admis l'existence d'un droit à l'assistance ou à l'enseignement et que si la Convention, à certain moment, a paru affirmer l'obligation de l'Etat de fournir assistance et de donner l'enseignement, elle n'a point rattaché cette obligation aux principes individualistes.

Dans la Déclaration des droits de 1789, il n'y a pas un mot qui, de près ou de loin, fasse allusion à la reconnaissance d'un droit à l'assistance, à l'enseignement ou au travail. Dans la constitution de 1791, on ne trouve que la simple disposition énonciative suivante : « Il sera créé et organisé un établissement général de *secours publics* pour élever les enfants abandonnés, soulager les pauvres infirmes et fournir du travail aux pauvres valides qui n'auraient pas pu s'en procurer. Il sera créé et organisé une instruction publique, commune à tous les citoyens, gratuite à l'égard des parties de l'enseignement indispensables pour tous les hommes et dont les établissements seront distribués graduellement dans un rapport

l'organiser contre lui-même. Ce sont les gouvernants qui disposent de la force publique; ce sont eux qui sont subordonnés au droit; ils ne peuvent tourner contre eux-mêmes la force dont ils sont les maîtres pour assurer l'observation par eux des règles de droit (cf. § 36).

Par là l'Etat se trouve soumis à une obligation particulière, qui est le complément indispensable des obligations que nous lui avons reconnues. L'Etat doit se donner une organisation interne et prendre des mesures telles que se trouve réduite au minimum la possibilité pour lui de faire des lois qui violent ses obligations ou de ne pas faire les lois qu'il est obligé de faire. L'Etat ne remplit toutes ses obligations que s'il se donne une organisation interne qui réponde à cet objet.

Les auteurs des Déclarations, qui fondaient toutes les obligations de l'Etat sur les droits de l'individu, indiquaient, dans l'énumération des droits individuels, un droit qu'ils appelaient la *sûreté* (Déclarations de 1789, art. 2; 1793, art. 2; an III, art. 1). La sûreté n'est pas véritablement un droit particulier, mais bien l'ensemble des droits individuels en tant qu'ils impliquent pour l'Etat l'obligation de se donner une organisation intérieure et de prendre des mesures telles que se trouve réduit au minimum de danger de leur violation. Rap. la définition de la sûreté donnée dans la Déclaration des droits de 1793, art. 8. Dans un pays où l'Etat a ainsi respecté la sûreté des citoyens, on dit que la *garantie des droits* existe.

Les Déclarations et les constitutions de l'époque révolutionnaire ont indiqué quelle était la règle d'organisation interne qui était la condition essentielle de la garantie des droits. A l'art. 16 de la Déclaration de 1789, on lit : « Toute société dans laquelle la *garantie des droits* n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution ». Ni dans la Déclaration, ni dans la constitution de

1793, il n'est question de séparation des pouvoirs; mais à l'art. 24 de la Déclaration, il est dit : « Elle (la garantie sociale) ne peut exister, si les limites des fonctions publiques ne sont pas clairement déterminées par la loi ». L'art. 22 de la Déclaration des droits de l'an III, dans des termes analogues à ceux de la Déclaration de 1789, indique la séparation des pouvoirs comme la condition de la garantie des droits. De tout cela, il résulte que, dans le système de nos Déclarations, existe pour l'Etat l'obligation de réaliser la sûreté des citoyens, d'organiser la garantie des droits par la création d'un régime politique dont l'élément essentiel sera la séparation des pouvoirs ou, du moins, la limitation des fonctions. Bien entendu, nous ne voulons pas dire que le législateur soit obligé d'organiser un régime de séparation des pouvoirs identique à celui que l'Assemblée de 1789 appelait ainsi. Nous nous sommes suffisamment expliqué sur ce point, §§ 54 et 55. Mais le législateur constituant est obligé d'organiser l'Etat de telle façon que la toute puissance ne soit pas concentrée dans un seul organe : il faut qu'il y ait plusieurs organes se limitant respectivement, comme il doit y avoir aussi plusieurs autorités dont le domaine d'action soit rigoureusement déterminé par la loi. Il est incontestable que le système actuel d'organisation politique de l'Etat français réalise, en principe, ces conditions.

Dans les pays comme la France, les Etats-Unis, qui pratiquent le système des constitutions rigides, le législateur ordinaire ne peut faire une loi qui soit contraire aux règles établies par les lois constitutionnelles, qui sont d'ailleurs présumées avoir toutes pour but d'éviter la violation par le législateur des principes du droit qui s'imposent à l'Etat. Ainsi la distinction des lois constitutionnelles rigides et des lois ordinaires constitue une garantie particulière du respect du droit par le législateur. Mais il importe de rappeler que la limitation du pouvoir législatif n'a pas pour fondement

vrai l'existence d'une loi constitutionnelle rigide. Le législateur est partout, même dans les pays qui ne pratiquent pas le système des constitutions rigides, limité par un droit supérieur à lui. Même en Angleterre, où l'omnipotence du parlement est considérée comme un principe essentiel, il y a certaines règles supérieures que la conscience même du peuple anglais se refuse à voir violer par le parlement. On doit donc voir dans l'existence de lois constitutionnelles rigides supérieures aux lois ordinaires, non point le fondement de la limitation du pouvoir législatif, mais seulement une garantie positive, et d'ailleurs bien incomplète, des règles limitatives qui s'imposent à l'Etat législateur.

Ne faut-il pas aller plus loin et dire que tout Etat qui reconnaît le principe de sa subordination au droit, qui reconnaît qu'il y a des lois qu'il ne peut pas faire, doit, pour respecter complètement ce principe, constituer une haute juridiction présentant toutes les garanties possibles d'indépendance et de capacité et recevant compétence pour annuler les lois contraires au droit, ou, suivant une formule moins générale et moins exacte, qui serait compétente pour apprécier la constitutionnalité des lois et pour annuler les lois inconstitutionnelles?

En posant cette question, nous laissons du reste de côté la question de savoir comment la présence dans l'Etat d'un pouvoir distinct du pouvoir législatif et supérieur même à lui, peut se concilier théoriquement avec le principe de la personnalité une et indivisible de l'Etat, comment on peut concevoir que l'Etat, juge de la légalité de la loi, puisse annuler les décisions de l'Etat législateur. C'est en somme la question de la séparation des pouvoirs et de sa conciliation avec le principe de l'indivisibilité de la souveraineté de l'Etat. Cf. §§ 30, 54 et 55.

Le système qui consiste à donner à une haute et impartiale juridiction, sans caractère politique, compétence pour apprécier les lois au point de vue du droit et pour annuler les lois contenant des atteintes au droit, semble au premier abord très séduisant.

Cependant quand on y réfléchit, on hésite et on se demande si véritablement il y aurait là une heureuse institution. D'abord, comment serait composée cette haute juridiction et comment ses membres seraient-ils nommés ? S'ils sont nommés par le gouvernement ou par le parlement, il est à craindre qu'ils n'aient aucune indépendance. S'ils sont élus par le peuple, au suffrage direct ou à deux degrés, cette haute juridiction deviendra un corps politique et ne présentera pas l'impartialité qu'on lui demande. Si elle se recrute par cooptation, elle deviendra vite une sorte de corps aristocratique incompatible avec la démocratie moderne.

Supposons cependant que cette haute cour existe. Comment serait-elle saisie? Si elle est saisie par le gouvernement, il est à craindre que celui-ci n'intervienne que pour faire disparaître une loi qui lui déplaît. Si la haute juridiction peut intervenir d'office et annuler spontanément toute loi pour inconstitutionnalité, elle devient un organe politique pouvant devenir un organe trop puissant dans l'Etat. Enfin si l'on permet de la saisir à tout individu qui se prétend lésé par une loi inconstitutionnelle, on peut redouter que l'œuvre législative ne soit elle-même complètement entravée. On conçoit qu'un simple particulier puisse provoquer l'annulation d'un acte fait par une autorité administrative (recours pour excès de pouvoir). On comprend plus difficilement, ce nous semble, qu'un simple particulier puisse provoquer l'annulation d'une loi qui, faite par les organes constitutionnels du pays, doit être présumée utile et conforme au droit.

Au reste, l'expérience qui a été faite en France même d'un *sénat conservateur*, chargé d'apprécier la constitutionnalité des lois, sous le consulat, le premier et le second empire, est à notre sens suffisante pour qu'on ne tente point de rétablir un pareil système.

Siéyès, dans son projet de constitution exposé à la Convention le 2 thermidor an III, au moment de la discussion de la constitution

de l'an III, proposait la création d'une *jurie constitutionnaire* dont la mission serait de juger les réclamations contre toute atteinte portée à la constitution (*Moniteur*, réimpression, XXV, p. 291 et suiv.). La *jurie constitutionnaire* de Siéyès devient le sénat conservateur de la constitution de l'an VIII, « qui maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le tribunat ou par le gouvernement » (Const. an VIII, art. 21), qui reçoit en outre du sénatusconsulte du 16 thermidor an X « le droit de régler tout ce qui n'a pas été prévu par la constitution et qui est nécessaire à sa marche et d'expliquer les articles de la constitution qui donnent lieu à différentes interprétations ».

Le sénat conservateur reparait dans la constitution de 1852. Dans la proclamation du 2 décembre 1852 (*les cinq bases*), on disait au n° 5 : « Une seconde assemblée formée de toutes les illustrations du pays, pouvoir pondérateur, gardien du pacte fondamental et des libertés publiques »; et aux art. 25-27 de la const. de 1852 : « Le sénat est le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques. Aucune loi ne peut être promulguée avant de lui avoir été soumise. Le sénat s'oppose à la promulgation : 1° Des lois qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte à la constitution, à la religion, à la morale, à la liberté des cultes, à la liberté individuelle, à l'égalité des citoyens devant la loi, à l'inviolabilité de la propriété et au principe de l'inamovibilité de la magistrature; 2° de celles qui seraient contraires à la défense du territoire. Le sénat règle par un sénatusconsulte... 2° tout ce qui n'a pas été prévu par la constitution et qui est nécessaire à sa marche; 3° le sens des articles de la constitution qui donnent lieu à différentes interprétations ». On sait que par le sénatusconsulte du 21 mai 1870 le sénat cessa d'être un corps conservateur pour devenir une seconde chambre législative.

Si le sénat conservateur de la constitution de l'an VIII eut quelque indépendance au début du consulat, il devint bientôt entre les mains du premier consul et de l'empereur un instrument docile pour modifier la constitution, pour la suspendre, et pour annuler ou maintenir au gré du maître les actes législatifs, judiciaires et administratifs, surtout quand les art. 63 et suiv. du sénatusconsulte du 28 floréal an XII lui eurent donné des attributions particulières en matière de liberté individuelle et de liberté de la presse (cf. §§ 75 et 86). Le sénat du second empire ne fut pas plus indépendant, et son rôle se borna à modifier la constitution de 1852 au gré du prince.

Malgré cette double expérience, quelques bons esprits demandent actuellement la création d'une haute juridiction chargée de juger la constitutionnalité des lois. Cf. en ce sens une proposition déposée par MM. J. Roche, Charles Benoist, Audiffred, le 28 janvier 1903 à la chambre et qui tend à ajouter à la loi const. du 25 février 1875 un article 9 qui serait ainsi conçu : « Il est établi une cour suprême chargée de statuer sur les réclamations des citoyens pour

violation de leurs droits constitutionnels par le pouvoir législatif ou par le pouvoir exécutif » (*J. off., doc. parl.*, 1903, sess. ord., p. 97). Les auteurs de cette proposition demandent aussi qu'il soit ajouté à l'art. 1 de la loi const. du 19 février 1875 un parag. visant la Déclaration des droits de 1789 et se terminant par ces mots : « Le pouvoir législatif ne peut faire aucune loi qui porte atteinte et mette obstacle à l'exercice de ces droits ». Rapp. proposition de loi de M. Charles Benoist tendant à instituer une cour suprême pour connaître des atteintes portées aux droits et aux libertés des citoyens (*J. off., doc. parl.*, chambre, sess. ord., 1903, p. 99).

Les Etats-Unis d'Amérique pratiquent un système qui compte en France beaucoup de partisans et qui peut se résumer ainsi. Devant tout tribunal où l'on invoque l'application d'une loi, celui contre lequel on l'invoque peut opposer l'exception d'*inconstitutionnalité;* le tribunal peut alors apprécier la constitutionnalité de la loi, et s'il juge qu'elle est inconstitutionnelle refuser de l'appliquer. Ce droit appartient à toute cour, toute cour fédérale ou d'Etat, et non pas seulement, contrairement à ce qu'on dit quelquefois, à la haute cour fédérale. D'autre part, le tribunal, même la haute cour fédérale, qui juge que la loi est inconstitutionnelle, n'annule point la loi; il n'a pas ce pouvoir; il se borne à refuser de faire application de la loi à l'espèce qui lui est soumise. Ce droit des cours américaines est impliqué par l'art. III, sect. 2 de la constitution, dont la formule assez vague a toujours été interprétée en ce sens. Il est tout à fait analogue à celui des tribunaux français qui, en vertu de l'art. 471, nº 15 du code pénal, peuvent recevoir l'exception d'illégalité soulevée à l'occasion d'un règlement, même d'un règlement émané du chef de l'Etat et refuser d'appliquer, dans l'espèce à eux soumise, le règlement qu'ils jugent illégal.

Sur le jugement de la constitutionnalité des lois par les tribunaux américains, cons. la longue et intéressante communication faite par M. Larnaude à la Société de législation comparée, *Bulletin*, 1902, p. 175 et suiv., et la discussion qui a suivi, p. 240 et suiv. M. Larnaude donne une analyse détaillée de quelques affaires intéressantes où la question de constitutionnalité s'est posée, notamment l'affaire Pollock, dans laquelle la cour suprême a déclaré inconstitutionnel l'acte fédéral du 15 août 1894 établissant aux Etats-Unis l'impôt sur le revenu ou *Income tax*. M. Larnaude montre très justement par l'analyse de cette affaire « qu'on ne fait pas directement le procès à la loi, qu'on ne le fait qu'indirectement à propos de la solution qu'il faut donner à un litige particulier, solution qui exige que le tribunal prenne parti sur la constitutionnalité de la loi » (*ibid.*, p. 197).

Ce droit des tribunaux d'apprécier la constitutionnalité des lois existe aussi dans quelques pays de l'Amérique du Sud : République argentine, const. 25 septembre 1860, art. 101; Brésil, const. 24 février 1891, art. 59, § 1. Il est reconnu en Norvège par la jurisprudence.

En France, les tribunaux ont-ils le droit, dans une affaire à eux soumise, de recevoir une exception d'inconstitutionnalité et de refuser d'appliquer une loi qu'ils jugent inconstitutionnelle? D'après une jurisprudence ancienne et suivant une doctrine traditionnelle, les tribunaux français n'ont point ce pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois. Cela résulte du principe formulé par l'art. 3 du chap. v du titre III de la constitution de 1791 et qui est encore la règle générale de notre droit public à cet égard : « Les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois... ».

Il faut bien dire cependant que si l'ordre judiciaire forme un troisième pouvoir complètement distinct et indépendant du pouvoir législatif et son égal, il devrait avoir logiquement le droit de refuser d'appliquer une loi inconstitutionnelle. En effet, le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif étant séparés, indépendants et égaux, n'ont qu'un supérieur commun, le pouvoir constituant. Imposer au juge l'obligation d'appliquer une loi inconstitutionnelle, c'est le déclarer inférieur au législateur, c'est le placer sous sa dépendance. c'est violer le principe de la séparation des pouvoirs. — Ce sont évidemment ces considérations qui ont amené quelques auteurs modernes à soutenir que les tribunaux français, comme les tribunaux américains, avaient le droit, lorsqu'une question d'inconstitutionnalité était soulevée, de refuser d'appliqner la loi jugée par eux inconstitutionnelle.

V. en ce sens Beauregard, qui estime que les tribunaux auraient le devoir de ne tenir aucun compte d'une loi qui établirait le système du *cadenas*, parce qu'elle violerait le principe constitutionnel qu'aucun impôt ne peut être établi qu'en vertu d'une loi (*Monde économique*, 17 novembre 1894, p. 505); Jèze, qui estime sans hésiter que lorsque la loi contient une violation flagrante de la constitution, le tribunal ne peut pas l'appliquer, parce que se trouvant en présence de deux textes contradictoires, il doit assurer l'exécution de la loi en vigueur, qui est la loi constitutionnelle; l'auteur est plus hésitant quand la contradiction avec la constitution n'est pas flagrante (Jèze, *Du contrôle des délibérations des assemblées délibérantes*, *Revue générale d'administration*, 1895, II, p. 411). Cf. Signorel, *Du contrôle judiciaire des actes du pouvoir législatif*, *Revue pol. et parl.*, juin 1904, p. 526.

La jurisprudence n'a jamais admis que les tribunaux français puissent refuser d'appliquer une loi pour cause d'inconstitutionnalité. En 1833, la cour de cassation a été saisie de la question dans les conditions suivantes : Le journal *Le National* ayant été con-

damné en vertu de l'art. 16 de la loi du 25 mars 1822, un pourvoi en cassation fut formé, fondé sur ce qu'il ne pouvait être fait application ni de l'art. 16 de la loi du 25 mars 1822, ni de la loi du 8 octobre 1830 qui l'avait déclaré maintenu, parce que ces textes étaient contraires à l'art. 69 de la Charte de 1830, déclarant les délits de presse de la compétence du jury. La cour rejette le pourvoi : « Attendu que la loi du 8 octobre 1830, délibérée et promulguée dans les formes constitutionnelles prescrites par la Charte, fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité » (Cass., 11 mai 1833, S., 33, I, p. 357).

Nous estimons que dans l'état actuel de notre législation les tribunaux français ne peuvent point apprécier la constitutionnalité des lois; nous ne rattachons point cette solution à un prétendu principe de séparation des pouvoirs (cf. § 55). Mais nous estimons que, dans un régime fondé comme le nôtre essentiellement sur le principe de légalité, il ne saurait être permis aux agents de l'Etat d'apprécier la légalité de la loi qu'ils sont obligés d'appliquer. La loi est le fondement et la limite de leur compétence; leur permettre d'apprécier la valeur de cette loi, ce serait leur permettre de s'insurger contre le principe même en vertu duquel ils peuvent agir, ce serait créer un véritable élément d'anarchie.

L'exemple des Etats-Unis ne saurait être invoqué; il y a là en effet des causes nombreuses et tout à fait particulières qui expliquent le pouvoir spécial reconnu aux tribunaux américains. Ce pouvoir a son origine à l'époque coloniale pendant laquelle les colonies ne pouvaient pas évidemment légiférer au delà des droits que leur reconnaissaient les chartes. Ce pouvoir s'est maintenu parce qu'il venait répondre à un besoin particulier propre aux Etats fédéraux, le règlement des rapports du pouvoir fédéral et des Etats-membres. Enfin l'organisation particulière des Etats-Unis, le prestige tout particulier qui s'attache spécialement à la haute cour fédérale, le rôle éminent qu'ont joué différents *chiefs of justice*, et toute une série de circonstances spéciales expliquent le développement de ce pouvoir des tribunaux américains et les services qu'il rend. Mais rien de tout cela n'existe en France. Enfin le régime politique de la France est sur bien des points essentiellement différent du régime américain; le parlement occupe chez nous une place qui ne saurait être comparée à celle qui est faite au congrès américain, surtout depuis que le pouvoir présidentiel a pris le développement et l'étendue que l'on sait (cf. § 59). Nous croyons donc qu'il n'y aurait aucun intérêt à importer en France le système

américain, et que cela pourrait même provoquer des conflits, créer une nouvelle cause d'agitation et de division. Cf. en ce sens Larnaude, *loc. citat.*, *Bulletin société législation comparée*, 1902, p. 227-229.

De bons esprits estiment cependant qu'il faudrait donner expressément aux tribunaux français le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois. Cf. notamment les opinions de M. Saleilles (avec certaines restrictions et précisions), de MM. Thaler, Jalabert. exprimées après la communication de M. Larnaude, *Bulletin société de législation comparée*, 1902, p. 240 et suiv.

Il faut noter, du reste, que si nous refusons aux tribunaux le droit d'apprécier la constitutionnalité d'une loi, nous leur reconnaissons le droit et même l'obligation de n'appliquer qu'une loi régulièrement promulguée par le chef de l'Etat. On établira au § 139 que la promulgation est un acte législatif, un élément essentiel de la loi ; tant qu'il n'y a pas promulgation, il n'y a pas loi et, par conséquent, les tribunaux ne doivent point appliquer un acte qui, constitutionnellement, n'a pas le caractère de loi. Si, par exemple, les présidents des chambres transmettaient aux tribunaux un texte de loi voté par les deux chambres, mais non promulgué par le président de la république, ils ne devraient point en faire application.

Il ne faut pas d'ailleurs aller plus loin : les tribunaux ne pourraient point, par exemple, refuser d'appliquer un texte promulgué par le président de la république, sous prétexte qu'il n'aurait point été régulièrement délibéré et voté par les chambres. Les tribunaux ne sont point compétents pour examiner la régularité de la procédure parlementaire ; et, du moment que le texte est régulièrement promulgué comme loi, ils n'ont qu'à l'appliquer. Nous ne donnerions pas cependant la même solution si le président de la république promulguait comme loi un texte qui n'aurait point été voté par les deux chambres. Alors, malgré le nom de loi donnée au texte, il n'y aurait qu'un simple décret réglementaire dont, d'après une opinion qui devient unanime, les tribunaux peuvent apprécier la légalité. Il est vrai de dire que la dernière hypo-

thèse prévue ne se rencontrera guère qu'au cas de coup d'Etat, où la force remplace le droit et où par conséquent le juriste n'a rien à faire.

Sur tous ces points, outre les auteurs déjà cités, cons. V. Clappier, *Les lois inconstitutionnelles et le pouvoir judiciaire*, discours prononcé à la conférence des avocats à la cour de cassation, le 13 décembre 1902, *Gazette des tribunaux*, 19 décembre 1902.

95. Le droit et l'Etat administrateur et juge. — Au stade de l'évolution juridique auquel sont parvenues les sociétés modernes, le droit légal, c'est-à-dire constaté par la loi positive, coïncide approximativement avec le droit objectif général. Cela rappelé, dire que l'Etat administrateur et juge est lié par le droit, c'est dire qu'il est lié par la loi positive, qu'il ne peut agir que dans les limites de la loi, qu'il ne peut faire que ce que la loi lui permet de faire, et qu'il est obligé de faire tout ce que la loi lui ordonne de faire. Les principales applications de cette idée générale ont déjà été indiquées en différents passages de ce livre (cf. notamment §§ 38-42, 44-46, 66). Il suffit ici de les rappeler en les groupant synthétiquement.

Les conséquences qui résultent de l'idée générale qui vient d'être indiquée peuvent se grouper sous dix chefs : 1° un acte administratif n'est valable que si la manifestation de volonté qui lui sert de support est déterminée par un but reconnu légitime par la loi; 2° un acte administratif n'est valable que s'il est fait par un fonctionnaire agissant dans les limites de la compétence qui lui est donnée par la loi; 3° un acte administratif n'est valable que si le fonctionnaire exerce sa compétence dans le but que la loi a eu en vue en la lui donnant; 4° un acte administratif quel qu'il soit, fait en violation de la loi, qu'il soit un acte administratif proprement dit ou une opération matérielle, peut donner naissance à la responsabilité pécuniaire de l'Etat (cf. § 96); 5° un acte administratif fait valablement, acte unilatéral ou acte contractuel, ou (ce qui est la même chose) acte d'autorité ou acte de gestion,

oblige l'Etat avec la même force qu'un particulier; 6° l'Etat exerçant la fonction juridictionnelle doit toujours résoudre la question de droit objectif ou la question de droit subjectif d'après la décision même de la loi; 7° l'Etat peut être partie à un procès, et la décision rendue par le juge l'oblige aussi énergiquement qu'un simple particulier; 8° l'Etat est obligé d'intervenir juridictionnellement pour donner une sanction à toute situation juridique née en dehors de lui; 9° l'Etat est obligé d'intervenir juridictionnellement pour annuler tout acte juridique fait en violation de la loi; 10° l'Etat est obligé d'intervenir juridictionnellement pour assurer conformément à la loi la répression ou la réparation de tout acte fait en violation de la loi. Ce ne sont là que des applications de l'idée moderne de l'Etat de droit *(Rechtsstaat)*. L'Etat moderne est un Etat de droit : 1° parce qu'il ne peut faire certaines lois contraires au droit; 2° parce qu'il est obligé par le droit de faire certaines lois (cf. § 69-94); 3° parce que, administrateur et juge, il est lié par les lois qu'il a faites, dans les conditions qui viennent d'être rappelées.

Comment l'Etat, qui fait la loi, peut-il être lié, en tant qu'il administre et qu'il juge par la loi qu'il a faite lui-même? C'est la question même du fondement du droit public, et aussi la question du caractère impératif de la loi, lesquelles ont été étudiées aux §§ 16, 17 et 36 et sur lesquelles nous ne reviendrons pas ici. Pour le caractère obligatoire des contrats de l'Etat, cf. § 29, p. 120.

Il ne peut entrer dans le cadre de ce *Manuel* d'étudier les moyens de sanction organisés par la loi positive pour garantir dans la mesure du possible le respect de la loi par l'Etat administrateur et juge. Ce serait étudier tout le droit administratif et toute la procédure civile et pénale. Il suffit de rappeler que pour ce qui est du respect de la loi par l'Etat juge, les législations modernes ont essayé de le garantir au moyen de différents recours juridictionnels qui sont

ouverts contre les décisions des diverses juridictions et dont les principaux sont l'appel et le pourvoi en cassation.

Pour les actes administratifs, la garantie du respect de la loi est assurée par un système compliqué de hiérarchie fonctionnelle et de contrôle administratif (cf. § 68), mais surtout par un recours contentieux objectif, le recours pour excès de pouvoir auquel la jurisprudence du conseil d'Etat donne une portée chaque jour plus étendue (cf. §§ 46 et 66).

Enfin l'application de la loi est encore garantie par la responsabilité des fonctionnaires (cf. § 67) et par la responsabilité de l'Etat (cf. § 96).

Mais il faut remarquer que malgré tous ces recours, il arrive toujours un moment où la décision émane d'une autorité contre laquelle il n'y a pas de recours possible. Ce sont ou bien les juridictions souveraines, comme en France la cour de cassation et le conseil d'Etat, ou certains organes, comme le parlement, contre lesquels la législation n'admet point de recours. Mais si la violation de la loi par ces autorités ou ces organes ne peut être réprimée, cela ne veut point dire qu'eux ils puissent violer la loi. Nul ne peut violer la loi et tant qu'elle existe, elle s'impose avec la même rigueur au parlement, aux cours souveraines, comme au plus humble des fonctionnaires.

96. De la responsabilité de l'Etat. — Les questions de responsabilité sont aujourd'hui les questions capitales du droit public comme du droit privé. En effet l'étendue de la responsabilité varie en raison directe de la sphère d'activité du sujet de droit considéré. Si le domaine d'activité individuelle s'élargit, l'étendue de la responsabilité individuelle s'accroît dans les mêmes proportions. Comme d'autre part, la conscience de la solidarité sociale se précise chaque jour davantage, la notion de responsabilité réciproque des individus se précise aussi, et les obligations naissant de cette responsabilité deviennent plus nom-

breuses et plus étroites. C'est à cette double idée que se rattache la théorie de la responsabilité objective qui chaque jour s'affirme davantage.

Cf. Teisseire, *Fondement de la responsabilité*, 1901; Gény, *Risque et responsabilité*, *Revue trimest. de droit civil*, 1902, p. 812: *Rapport* de M. Saleilles, *Bulletin de la Société des études législatives*, 1905, p. 335 et surtout p. 339. — Cf. cependant, Hauriou, *Note* sous cons. d'Etat, 19 février 1905, S., 1905, III, p. 113; Planiol, *Etudes sur la responsabilité*, *Revue critique*, 1905, p. 277 et 1906, p. 80; Ripert, *L'exercice des droits et la responsabilité civile*, *Revue critique*, 1906, p. 352; Desserteau, *Abus du droit*, *Revue trimest. de droit civil*, 1906, p. 119; Josserand, *De l'abus des droits*, 1906.

Ce sont les mêmes facteurs qui produisent aussi l'accroissement de la responsabilité de l'Etat. Le domaine de l'activité étatique devient chaque jour plus étendu. C'est là un fait incontestable. La conséquence en est logiquement et nécessairement l'extension de la responsabilité de l'Etat vis-à-vis des particuliers. Comme d'autre part l'Etat est la synthèse des intérêts collectifs, comme le patrimoine de l'Etat est le patrimoine même de la collectivité, on est arrivé tout naturellement à cette idée que le patrimoine de l'Etat doit supporter la réparation du préjudice occasionné à des particuliers par la gestion des intérêts collectifs. La responsabilité de l'Etat est devenue ainsi un principe essentiel du droit moderne. Mais si le principe général est incontestable et unanimement admis en doctrine et en jurisprudence, il y a encore une incertitude très grande sur le fondement même et l'étendue de cette responsabilité. Notre intention n'est point d'étudier ici complètement la responsabilité de l'Etat, mais seulement de montrer comment les solutions déjà admises sont une sanction des obligations négatives et positives imposées par le droit à l'Etat.

La solution du problème que soulève la responsabilité de l'Etat implique la solution d'une question préalable tout à fait générale, en ce sens qu'elle se pose non seulement pour l'Etat, mais pour toute personne collective. La responsabilité semble impliquer une faute commise par la personne déclarée responsable; les personnes collectives peuvent-elles commettre une faute entraînant leur res-

ponsabilité ? Ce n'est rien de moins que le problème de la personnalité des collectivités. Il ne peut entrer dans notre programme de l'étudier en détail. Dans la doctrine qui ne reconnaît aux collectivités qu'une personnalité fictive, création arbitraire de la loi, il est impossible évidemment de parler d'une responsabilité de l'Etat ou d'une personne collective quelconque, fondée sur l'idée de faute. Mais une théorie qui a un grand crédit voit dans les personnes collectives un être réel investi d'une volonté et d'une conscience, dont les organes sont les individus ou groupes d'individus établis pour exprimer cette volonté, pour manifester cette conscience. Dans cette doctrine, qui procède tout entière de Gierke, on peut concevoir assurément une faute commise par l'Etat, par la personne collective, et par conséquent une responsabilité subjective atteignant directement l'Etat ou toute autre personne collective. Mais tout en restant dans cet ordre d'idées, on peut formuler une très grave objection contre l'imputabilité d'une faute à une personne collective en général et à l'Etat en particulier, et dire : si les personnes collectives sont des personnes réelles, elles ne sont cependant que des personnes juridiques, et, suivant l'expression de M. Jellinek, elles n'ont qu'un *agir* et un *vouloir juridiques;* seuls des actes juridiques peuvent être considérés comme des actes émanés directement de la volonté des personnes collectives de l'Etat; elles peuvent donc être atteintes par une responsabilité née d'un acte juridique, mais non point par une responsabilité née d'un acte matériel, sans caractère juridique, par la responsabilité que les civilistes appellent responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle.

Devant ces diverses objections on a souvent dit qu'il ne pouvait pas être question d'une responsabilité directe de l'Etat ou des personnes collectives, mais simplement d'une responsabilité indirecte du fait de leurs préposés. Et comme en France on a une tendance très marquée à vouloir faire rentrer tous les rapports de droit dans les cadres étroits et vieillis du code civil, on a dit : On ne peut point faire application à l'Etat et aux personnes collectives des art. 1382 et 1383 du code civil, mais on peut leur appliquer l'art. 1384 : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre : ...les commettants... du dommage causé par leurs préposés dans les fonctions auxquelles ils sont employés ». Les fonctionnaires, ajoute-t-on, sont les préposés de l'Etat; la faute qui est le fondement de la responsabilité est commise par eux, et l'Etat en est responsable comme préposant. Cette idée est si répandue en France, que lorsque le législateur a voulu mettre spécialement à la charge de l'Etat la responsabilité à raison du dommage causé par des élèves d'établissements publics d'enseignement, il n'a rien trouvé de mieux que d'ajouter un paragraphe à l'art. 1384 du code civil (L. 20 juillet 1899). — Cette conception n'est point une solution du problème. En

effet, quoique la chose ait été parfois contestée, cette responsabilité du commettant prévue par l'art. 1384 est elle aussi uniquement fondée sur la faute présumée du commettant, présomption qui tantôt permet la preuve contraire, tantôt non. La faute que présume la loi est d'avoir mal choisi les préposés. Dès lors, cette responsabilité indirecte ne peut pas plus s'appliquer à l'Etat et aux autres personnes collectives que la responsabilité directe.

Sur la question de l'imputabilité d'une faute à l'Etat ou à une personne collective, cons. Gierke, *Genossenschaftstheorie*, 1887 ; Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1906, et surtout *De la responsabilité de l'Etat*, *Revue du droit public*, 1895, I, p. 401 ; Mestre, *Le problème de la responsabilité pénale des personnes collectives*, 1901 ; Bailby, *Le principe de la responsabilité de l'Etat*, thèse Bordeaux, 1901 ; Manezko, *Der Rechtsgrund des Schadenersatzes*, 1904 ; Jèze, *Revue du droit public*, 1905, p. 563. Cf. aussi *Année administrative*. 1905, p. 253, et le très remarquable article de M. Teissier, *Responsabilité*, *Répert. droit admin.*, XXI, 1906.

A notre sens la responsabilité de l'Etat et des personnes collectives ne peut se concevoir que comme une responsabilité objective, c'est-à-dire une responsabilité fondée sur l'idée de risque et non pas sur l'idée de faute, et cela quelle que soit la solution qu'on admette sur la question de la personnalité collective en général et de la personnalité de l'Etat en particulier. La question de la responsabilité de l'Etat se pose ainsi : étant donné qu'un acte fait pour le compte de l'Etat et dans l'intérêt de l'Etat, c'est-à-dire dans l'intérêt collectif, cause du préjudice à un individu déterminé, ce préjudice doit-il être supporté définitivement par le patrimoine de l'Etat? Le problème est difficile. On ne peut point le résoudre en disant : le patrimoine de l'Etat supporte le préjudice toutes les fois que et seulement quand il y a une faute de l'Etat ; on ne peut pas dire cela, parce que si l'Etat est une personne, il est une personne qui ne peut pas commettre de faute. On ne peut pas le résoudre non plus en appliquant simplement la théorie de la responsabilité objective et en disant : lorsqu'un acte est fait pour le compte de l'Etat, dans un intérêt d'Etat ou intérêt collectif et qu'il cause un préjudice à un individu, il

faut que le risque de ce préjudice soit toujours supporté par l'Etat, c'est-à-dire par le patrimoine collectif ; on ne peut pas raisonner ainsi puisqu'il y a certainement des cas où l'Etat ne sera pas responsable du préjudice causé par un acte fait en son nom. On ne peut pas dire enfin que le préjudice causé à un particulier ne sera finalement supporté par le patrimoine de l'Etat que lorsqu'il y a faute des agents de l'Etat, puisqu'il y a des cas où la responsabilité sera certainement mise à la charge de l'Etat sans qu'il y ait aucune faute de ses agents. Il faut donc faire des distinctions.

D'abord, alors même qu'une loi proprement dite viole le droit, parce qu'elle est faite contrairement aux devoirs juridiques qui, on l'a vu, s'imposent à l'Etat, la responsabilité de celui-ci ne peut pas être engagée. Ce n'est point parce qu'il y a là un acte de souveraineté, mais parce qu'il y a dans la loi une disposition par voie générale, par laquelle l'Etat n'entre point en relation avec les individus. Par conséquent, une disposition par voie individuelle, même émanée du parlement, pourrait entraîner la responsabilité de l'Etat. Au contraire une disposition par voie générale émanée d'un administrateur, un règlement fait en violation de la loi ne peut pas non plus donner naissance à la responsabilité de l'Etat. Il n'y a pas lieu de parler ici d'un acte de souveraineté, car ce règlement n'est pas plus un acte de souveraineté que l'arrêté individuel pris par le même administrateur. Or, ce dernier acte, s'il y a violation de la loi, pourra entraîner la responsabilité de l'Etat. S'il n'en est pas ainsi du règlement fait en violation de la loi, c'est parce qu'il est une disposition par voie générale et abstraite, qui, prise en elle-même, ne peut causer un préjudice à un individu déterminé.

Les actes diplomatiques ne peuvent non plus fonder la responsabilité de l'Etat. A cela il y a des raisons toutes spéciales, qui se résument dans la nécessité

d'assurer l'indépendance complète du gouvernement dans les négociations diplomatiques desquelles peut dépendre la sécurité même du pays.

Quant aux actes juridictionnels, même faits en violation de la loi, ils ne peuvent pas entraîner non plus la responsabilité de l'Etat. On explique cela encore en qualifiant ces actes d'actes de souveraineté, expression vague et qui n'explique rien. Si l'Etat ne peut être responsable au cas de violation de la loi par une autorité juridictionnelle, c'est une conséquence du principe de l'autorité de la chose jugée. L'Etat a organisé contre les jugements certaines voies de recours; lorsque ces voies de recours sont épuisées ou qu'on n'en a pas fait usage, la décision juridictionnelle doit s'imposer à tous, et s'il était permis à l'intéressé de demander une indemnité sous prétexte qu'il y a eu violation de la loi, ce serait remettre en question la chose jugée, ce qui est socialement impossible. — Cela explique en même temps pourquoi, dans les cas exceptionnels où une décision juridictionnelle ayant acquis autorité de chose jugée peut être revisée et en fait est revisée, le principe de la responsabilité de l'Etat est reconnu par le législateur lui-même. La loi du 8 juin 1895, modifiant l'art. 446 du code d'instruction criminelle, porte : « L'arrêt ou le jugement de revision d'où résultera l'innocence d'un condamné pourra, sur sa demande, lui allouer des dommages et intérêts, à raison du préjudice que lui aura causé la condamnation ». En pareil cas, il y a eu faute du service judiciaire, peut-être très légère, peut-être excusable, peut-être même les circonstances étaient telles qu'on ne peut pas parler de faute des agents judiciaires, parce que la culpabilité paraissait évidente; quoi qu'il en soit, il y a eu violation du droit puisqu'on a condamné un individu reconnu innocent; on l'a condamné dans l'intérêt social, il est de toute justice que la réparation du préjudice (dans la mesure où elle est possible) soit supportée par le patrimoine social.

Cf. le rapport de M. Bérenger au sénat, 13 février 1894.

Quant aux actes administratifs, il ne faut point distinguer, comme on le fait encore souvent, les actes d'autorité et les actes de gestion et dire que seuls les actes de gestion peuvent entraîner la responsabilité de l'Etat et que les actes d'autorité ne le peuvent pas.

M. Berthélemy fait encore cette distinction et parle de « l'irresponsabilité des administrations publiques à raison des actes d'autorité » et de « la responsabilité des administrations publiques à raison des dommages résultant des actes de gestion » (*Droit administratif*, 4e édit., 1906, p. 75 et 77). Nous nous sommes déjà élevé contre cette distinction (cf. § 43). On va voir qu'elle est maintenant condamnée par une jurisprudence très ferme et très équitable du conseil d'Etat.

Il est des cas où la loi et une jurisprudence constante reconnaissent la responsabilité de l'Etat, alors même qu'il n'y ait aucune violation proprement dite de la loi, alors même qu'il n'y ait aucune faute commise : ce sont tous les cas où il y a une atteinte permanente au droit de propriété par un administrateur, même agissant dans les limites de la loi. Il y a un préjudice spécial apporté directement à un patrimoine individuel dans un intérêt collectif ; il est juste que le préjudice soit supporté définitivement par le patrimoine collectif. D'autre part, bien que la propriété individuelle tende évidemment à se transformer, l'intangibilité, au regard de l'administration, du patrimoine individuel, est toujours considérée comme un des éléments essentiels du droit moderne, conformément à l'art. 17 de la Déclaration des droits de 1789. De là résultent la responsabilité de l'Etat expressément reconnue, consacrée et organisée au cas d'expropriation directe et au cas de réquisition, et la responsabilité constamment reconnue par la jurisprudence au cas d'expropriation indirecte et notamment au cas d'atteinte à la propriété par l'exécution de travaux publics.

Sur l'extension très curieuse donnée par la jurisprudence à la responsabilité de l'Etat au cas d'atteinte à la propriété par l'exécu-

tion de travaux publics, cons. particulièrement Hauriou, *Droit administratif*, 5e édit., 1903, p. 240.

Mais s'il n'y a pas atteinte à la propriété, pour que l'Etat soit responsable, il faut qu'une faute ait été commise. Nous ne disons pas qu'il faut qu'il y ait une faute de l'Etat, parce que l'Etat ne peut pas commettre de faute (cf. *supra*). Il faut qu'il y ait une faute de ceux qui agissent au nom et pour le compte de l'Etat. Si c'est une faute personnelle de ces agents, ce sont eux et non l'Etat qui sont responsables; si c'est une faute de fonction, l'Etat est responsable en ce sens que ce sera le patrimoine collectif qui devra définitivement supporter la réparation du préjudice, puisque le préjudice est le résultat du fonctionnement défectueux du service public, lequel est établi dans l'intérêt public.

La jurisprudence du conseil d'Etat paraît être définitivement établie dans ce sens et repousser tout à fait l'ancienne idée de l'irresponsabilité de l'Etat au cas où celui-ci agit comme puissance publique. Le conseil d'Etat, sur les conclusions très remarquables de M. Teissier, a reconnu le principe de la responsabilité de l'Etat au cas de cassation d'un sous-officier irrégulièrement prononcée (arrêt *Le Berre*, 29 mai 1903, *Rec.*, p. 415). Cf. *ibid.*, en note les conclusions de M. Teissier et S., 1904, III, p. 121, avec une note de M. Hauriou. Le conseil d'Etat, revenant sur son ancienne jurisprudence exprimée dans l'arrêt *Lepreux*, 13 janvier 1899 (S., 1900, III, p. 1, avec une longue note de M. Hauriou), a reconnu le principe de la responsabilité de l'Etat au cas où les agents chargés de la police n'ont pas pris les mesures suffisantes pour assurer la sécurité publique, et où il y a eu, de ce chef, violation de la règle de droit qui oblige les agents de l'Etat à assurer la sécurité publique (arrêt *Tomaso Grecco*, 19 février 1905, *Rec.*, p. 139, avec les remarquables conclusions de M. Romieu et S., 1905, III, p. 113, avec une note de M. Hauriou).

Dans cette note, M. Hauriou soutient que le conseil d'Etat, parlant dans les motifs de ses deux arrêts de *faute du service public* (c'est aussi l'expression dont se servent MM. Teissier et Romieu dans les conclusions précitées), repousse la théorie du risque ou de la responsabilité objective et fonde la responsabilité de l'Etat sur une faute même de l'Etat : « Voilà donc, dit-il, l'Etat directement responsable de préjudices causés à raison du service, dans la mesure de la diligence moyenne qu'implique le service et *il est responsable parce qu'il est en faute* par le fait du service. C'est une nouvelle théorie des fautes qui s'organise, alors qu'on se

croyait en présence d'une théorie du risque ». Cette observation de M. Hauriou demande cependant quelques réserves. Le savant arrêtiste assimile la faute du *service public* à une faute de l'Etat: or, rien ne permet de dire que cette assimilation soit faite par le conseil d'Etat qui, en parlant de faute du service public, a en vue la faute des agents de l'Etat qui, tout en restant dans le domaine du service, ont commis une faute. La possibilité d'une pareille faute constitue évidemment un risque; la question est de savoir qui le supportera définitivement : l'administré ou l'administration? Le conseil d'Etat décide que ce sera l'administration, dont la responsabilité reste bien ainsi fondée et ne peut être fondée que sur le risque. Cf. l'analyse et le commentaire détaillé de la jurisprudence dans l'article déjà cité de M. Teissier, *Répert. droit admin.*, vº *Responsabilité*, XXI, 1906.

En résumé, il s'élabore une théorie de la responsabilité de l'Etat et des fonctionnaires qui est une combinaison ingénieuse et adéquate aux besoins sociaux des deux conceptions de responsabilité objective et de responsabilité subjective. L'acte administratif est un acte de volonté de l'agent de l'Etat, et non point un acte de volonté de l'Etat. Si cet acte est déterminé par un but qui n'est pas un but administratif, il y a détournement de pouvoir ou abus de pouvoir, qui entraîne responsabilité du fonctionnaire. Si l'acte est déterminé par un but administratif, mais si le fonctionnaire a violé la loi de sa compétence ou n'a pas rempli les obligations que lui impose la loi fonctionnelle ou ne les a pas remplies avec la diligence suffisante, il y a là une faute de sa part, d'où résulte un dommage pour l'administré; le risque résultant de cette faute est mis à la charge de l'Etat, du patrimoine collectif. L'Etat n'est point responsable pour une faute qu'il ne peut pas commettre; mais il est vis-à-vis des particuliers un assureur contre le risque de la faute fonctionnelle.

C'est bien l'idée qui parait inspirer la proposition de loi discutée au sénat sur le rapport de M. Gourjut et tendant à instituer la responsabilité de l'Etat au cas de dommage causé aux personnes et aux propriétés privées par des émeutes dans toutes les communes, et à abroger ainsi les art. 106 et suiv. de la loi du 5 avril 1884. V. notamment séances du sénat, 9 et 10 juillet 1906.

97. De la résistance à l'oppression. — Si malgré toutes les garanties qui sont établies dans les pays

modernes pour assurer le respect et l'application du droit par l'Etat, il y a violation du droit, on dit, d'après la terminologie de nos Déclarations des droits, qu'il y a *oppression*. Il y a oppression lorsque l'Etat législateur fait une loi qu'en vertu du droit il ne peut pas faire. Il y a oppression, lorsque l'Etat législateur ne fait pas les lois qu'il est juridiquement obligé de faire. Il y a oppression quand ces violations de la règle de droit supérieure émanent d'un parlement élu au suffrage direct et universel ou même du corps du peuple directement consulté. Il y a oppression quand un acte individuel, acte administratif ou juridictionnel, est fait en violation de la loi, quel que soit l'organe ou l'agent qui le fait; et même l'oppression est d'autant plus *oppressive* qu'elle émane d'un organe plus élevé dans la hiérarchie des pouvoirs de l'Etat, parlement ou corps électoral.

La loi faite en violation du droit est oppressive bien qu'elle soit par définition une règle générale et abstraite, ne s'appliquant pas à une personne déterminée. Mais contraire au droit, elle établit pour le corps social tout entier un régime d'oppression qui fait que chacun de ses membres est opprimé. A l'inverse, un acte individuel fait en violation de la loi est oppressif non pas seulement pour l'individu auquel il s'adresse, mais encore pour tous les membres du corps social liés par une intime et étroite solidarité. Qu'on ne dise donc pas : qu'importe un acte individuel fait en violation de la loi? Qu'on ne dise donc pas que la collectivité tout entière n'est pas intéressée à la réparation d'une injustice individuelle, que même quelquefois elle est intéressée à ce qu'il y ait des injustices individuelles! Tous les membres du corps social sont étroitement unis les uns aux autres, et l'injustice, quelle qu'elle soit, faite à l'un d'eux réagit toujours sur tous les autres.

Ce sont les idées qui étaient exprimées dans une formule aussi exacte que concise par les rédacteurs de la Déclaration de 1793 :

« Il y a oppression contre le corps social lorsqu'un seul de ses membres est opprimé. Il y a oppression contre chaque membre lorsque le corps social est opprimé » (art. 34). L'art. 32 de la Déclaration des droits girondine disait aussi très exactement : « Il y a oppression lorsqu'une loi viole les droits naturels civils et politiques qu'elle doit garantir. Il y a oppression lorsque la loi est violée par les fonctionnaires publics dans son application à des faits individuels. Il y a oppression lorsque des actes arbitraires violent les droits des citoyens contre l'expression de la loi. Dans tout gouvernement libre, le mode de résistance à ces différents actes d'oppression doit être réglé par la constitution ».

Quand, malgré les garanties organisées par la législation positive d'un pays, le législateur édicte des lois contraires au droit, l'administrateur ou le juge font des actes contraires à la loi, les sujets de l'Etat peuvent-ils résister par la force à l'application des lois contraires au droit, à l'exécution des actes administratifs ou judiciaires contraires à la loi ? C'est la question très ancienne, très célèbre et très complexe de la *résistance à l'oppression*.

Elle n'a point échappé aux rédacteurs de nos Déclarations des droits. A l'art. 2 de la Déclaration des droits de 1789 on lit dans l'énumération des droits naturels et imprescriptibles de l'homme : la résistance à l'oppression. En quel sens les hommes de 1789 entendaient-ils ce droit ? Ils se sont bien gardés de le dire. Ni dans la Déclaration, ni dans la constitution de 1791, ni même dans les discussions qui les ont précédées, on ne trouve rien qui permette de saisir la pensée exacte de l'Assemblée nationale sur ce point. Il importe cependant de noter que la résistance à l'oppression, pas plus que la sûreté, n'est un droit individuel distinct de la liberté et de la propriété. Elle est tout simplement l'ensemble des droits individuels en tant qu'ils s'opposent à toute puissance oppressive. L'individu, en vertu même de ces droits individuels, peut résister à tout acte de l'Etat y portant atteinte. Le principe est affirmé. Mais comment et dans quelle mesure l'individu peut-il résister, l'Assemblée de 1789 ne le dit point.

Dans la Déclaration girondine, on dit seulement : « Les hommes

réunis en société doivent avoir un moyen légal de résister à l'oppression. Dans tout gouvernement libre, le mode de résistance à ces différents actes d'oppression doit être réglé par la constitution » (art. 31 et 32, § 4).

Au contraire les auteurs de la Déclaration et de la constitution de 1793 ont déterminé nettement le fondement et l'étendue de la résistance à l'oppression. Ils déclarent qu'elle est la conséquence des autres droits de l'homme. Elle peut être non seulement *passive* et *défensive*, mais encore *agressive* et aller jusqu'à l'insurrection tendant à renverser le gouvernement. On lit en effet aux art. 10 et 11 de la Déclaration de 1793 : « ....Tout citoyen, appelé ou saisi par l'autorité de la loi, doit obéir à l'instant; il se rend coupable par la résistance. Tout acte exercé contre un homme hors les cas et sans les formes que la loi détermine, est arbitraire et tyrannique; celui contre lequel on voudrait l'exécuter par la violence a le droit de le repousser par la force ». Il n'y a donc pas de délit de rébellion dans le fait de celui qui repousse par la violence même un acte de l'autorité fait en violation de la loi. On va encore plus loin, et si le peuple est opprimé par des lois tyranniques, l'insurrection est un droit, même un devoir. C'est la disposition du célèbre art. 35 de la Déclaration de 1793 : « Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple et pour chaque portion du peuple le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs ». Enfin les hommes de 1793 ont même reconnu la légitimité du tyrannicide, ou du moins la légitimité du meurtre de l'usurpateur : « Que tout individu qui usurperait la souveraineté soit à l'instant mis à mort par les hommes libres ». Quelle amère ironie que de pareils principes soient proclamés par une assemblée qui, pendant deux années, a fait peser sur notre pays la plus sanglante des tyrannies!

En affirmant la légitimité du tyrannicide et en proclamant le droit à l'insurrection, la Convention ne faisait que donner une formule nouvelle à des idées très anciennes. Elle ne savait cependant

peut-être pas que les promoteurs de ces idées étaient les théologiens catholiques. — Le premier théologien, qui ait fait un exposé théorique de la légitimité du tyrannicide, est Jean de Salisbury (1110-1180), dans le livre intitulé *Polycraticus*, Cologne, 1475. où il a certainement en vue Henri II et le meurtre de saint Thomas Becket. D'après Jean de Salisbury, le prince est une image de la divinité, le tyran est une image de Lucifer; dès lors, tuer un tyran non seulement est permis, mais encore est une action convenable « *æquum et justum...* » (*Polycraticus,* liv. III, chap. xv et liv. VIII, chap. xvii et xx). Saint Thomas d'Aquin, qui admet la légitimité de la sédition contre le tyran, paraît repousser le tyrannicide, c'est-à-dire le meurtre du tyran par des particuliers. Au *De regimine principis*, liv. I, chap. v et vi (dont l'authenticité est toutefois contestée), saint Thomas déclare que contre une tyrannie excessive la sédition est permise, mais que la doctrine qui pense qu'il appartient à un homme courageux de tuer le tyran n'est point apostolique, parce que saint Pierre enseigne qu'il convient d'être soumis, non seulement aux maîtres bons et simples, mais encore aux maîtres dissolus. Dans la *Somme théologique*, où est exprimée une affirmation très nette du droit à la sédition (cf. *infra* et § 11), on ne trouve pas un mot du tyrannicide. On a inexactement inféré d'un passage du *Commentaire des sentences de Pierre Lombard* (liv. II, distinct. 44. quest. 2, art. 2), que saint Thomas admettait le tyrannicide. Voici le texte : « On doit dire que Cicéron parle (*De officiis,* liv. III, chap. vi) du cas où quelqu'un s'est emparé par violence du pouvoir, où il a forcé le consentement des sujets et où il n'y a pas de recours contre une autorité supérieure qui puisse juger l'usurpateur. Alors en effet celui qui, pour délivrer sa patrie, tue le tyran, est loué et reçoit une récompense ». Voici le raisonnement de saint Thomas : Pour défendre le tyrannicide on invoque le texte de Cicéron; mais ce texte prévoit seulement le cas où le tyran s'est emparé du pouvoir par la violence, et dans ce cas saint Thomas constate le sentiment général d'admiration qu'on a pour le meurtrier, mais n'exprime point son opinion personnelle. — La doctrine du tyrannicide fut reprise par Jean Petit dans le sermon prononcé le 8 mars 1408, où il fait l'apologie du meurtre du duc d'Orléans par le duc de Bourgogne, Jean-sans-Peur. La doctrine dénoncée par Gerson à Constance, 1415, fut anathématisée par le concile.

La doctrine du tyrannicide a surtout été affirmée par les démagogues catholiques de la Ligue et particulièrement par Boucher, *De justa abdicatione Henrici III*, 1589, qui était en quelque sorte le manuel du parfait Ligueur : Le tyran usurpateur peut être tué, soit par le pouvoir public, soit par la main des particuliers; le tyran possesseur légitime du pouvoir qui en abuse contre les particuliers peut être tué seulement par le pouvoir public; le tyran qui abuse du pouvoir au détriment de l'intérêt commun peut être tué, soit par l'autorité publique, soit par un particulier. Le livre contient une

apologie enflammée de Jacques Clément, le meurtrier de Henri III. Cf. Labitte, *La démocratie chez les prédicateurs de la Ligue*, 2e édit., 1865.

Chez les écrivains qu'on vient de citer, la doctrine du tyrannicide était un instrument de guerre politique et religieuse; chez Mariana elle est une doctrine théorique et réfléchie. Il l'expose dans le livre, *De rege et regis institutione*, 1603 (édit. 1605). L'autorité du roi prend sa source dans le peuple; elle n'est point légitime sans son consentement. La république doit toujours se réserver le droit de contraindre et de punir un mauvais prince. Mais si le peuple s'est tout à fait dépouillé, comme il faut un châtiment au prince pervers, il reste le tyrannicide; le tyran est une bête féroce qui met tout à feu et à sang; s'il s'agit d'un tyran usurpateur du pouvoir, le droit de tout individu de le tuer est incontestable; s'il s'agit d'un prince légitime devenu tyran, on doit d'abord l'avertir; s'il résiste, le peuple doit lui enlever le pouvoir et pour cela le condamner, et une fois la sentence prononcée, le droit de l'exécuter appartient à tout particulier. V. surtout *De rege et regis institutione*, liv. I, chap. VI et VII. Cf. Cirot, *Mariana*, 1905; Douarche, *De tyrannicidio apud scriptores* XVIe *seculi* (thèse latine), 1888.

Quant à la résistance à l'oppression, c'est une tradition constante chez les théologiens catholiques de la reconnaître comme légitime. Ils distinguent la résistance *passive*, la résistance *défensive* et la résistance *agressive*. La résistance *passive* consiste dans la non exécution de la loi contraire au droit ou de l'acte illégal, tant qu'on n'y est pas contraint par la force. On lit dans l'Encyclique *Libertas* (20 juin 1888) de Léon XIII : « Verum ubi imperandi jus abest, vel si quidquam præcipiatur rationi, legi eternæ, imperio Dei contrarium, rectum est non parere scilicet hominibus, ut Deo pareatur; at vero cum quidquam præcipitur quod cum divina voluntate aperte discreperet, tum longe ab illo modo disceditur, simulque cum auctoritate divina confligitur : ergo rectum est non parere ». Rapp. Saint Thomas, *Somme théologique*, II, 2e partie, quest. 116, art. 4, édit. Lachat-Vivès, VI, p. 381. Quant à la résistance *défensive*, elle consiste à repousser la violence par la violence, lorsque le souverain veut faire exécuter la loi injuste qu'il a portée ou lorsqu'il veut faire exécuter un acte contraire aux lois justes qu'il a portées. Tous les théologiens ont admis la légitimité de la résistance défensive; c'est la légitime défense; elle est de droit naturel. Gerson, au XVe siècle, écrivait : « Et si subditos manifeste et cum obstinatione in injuria et de facto prosequatur principis, tunc regula hæc naturalis, vim vi repellere licet, locum habet » (*Contra adulatores principium*, consid. 7). V. le développement de l'idée dans cardinal Ziglaria, *Summa philosophica*, 4e édit., Lyon, 1882, III, p. 266-267.

Quant à la résistance *agressive*, c'est la sédition, l'insurrection tendant à forcer par la violence le gouvernement à retirer les lois

injustes qu'il a portées ou les décisions illégales qu'il a prises, et même à le renverser. Depuis saint Thomas, tous les théologiens reconnaissent ce droit à la sédition, mais seulement comme un *ultimum remedium ;* ils conseillent d'en user avec beaucoup de prudence, en examinant bien si cette insurrection ne risque pas d'aggraver le mal au lieu de le supprimer. Cette réserve faite, le principe ne fait pas de doute. Naturellement, saint Thomas pose et discute la question en la forme théologique : la sédition est-elle un péché, demande-t-il? Oui, répond-il, en principe, parce qu'elle est opposée à la paix et à l'unité du peuple. Mais ceux qui défendent le bien commun, ceux qui résistent à la sédition, ceux-là ne sont point séditieux. Or, quand un gouvernement est tyrannique, lorsqu'il fait des lois injustes, quelle que soit d'ailleurs la forme du gouvernement, ou bien quand des hommes se sont emparés du pouvoir par la violence, ce sont précisément ceux qui détiennent le pouvoir qui sont séditieux, puisque ce sont eux qui troublent la paix publique, par conséquent on peut leur résister et en cherchant à leur enlever le pouvoir on n'est point séditieux, on ne commet point un péché. Et saint Thomas conclut par ces fortes paroles : « Magis autem tyrannus seditiosus est, qui in populo sibi subjecto discordias et seditiones nutrit, ut citius dominari possit ». La sédition est donc alors permise, « à moins, dit saint Thomas, qu'il en résulte une si profonde perturbation que le peuple en souffre plus qu'il ne souffrait du régime tyrannique » (Saint Thomas, *Somme théologique*, II, 2e part., quest. 42, art. 2, édit. Lachat-Vivès, VIII, p. 200). Rapp. *De regimine principis* (authenticité contestée) liv. I, chap. v et vi.

Cons. sur tous ces points, Chénon, *Théorie catholique de la souveraineté nationale,* p. 16 et suiv.; Vareilles-Sommières, *Principes fondamentaux du droit,* p. 154; Mgr d'Hulls, *La morale du citoyen,* 1895, p. 49, 53; Féret, *Le pouvoir civil devant l'enseignement catholique,* 1888, où sont rassemblés les principaux textes; Montagne, *Revue thomiste,* janvier 1901, p. 631, juillet 1901, p. 322 et janvier 1902, p. 674.

Au xvie siècle, après la Saint-Barthélemy, les écrivains protestants ont nettement affirmé le droit à l'insurrection. Dans le pamphlet *Vindicia contra tyrannos* (Edimbourg, 1579), attribué à Duplessis-Mornay, l'auteur affirme très nettement le droit du peuple de refuser d'obéir au prince qui viole ses devoirs envers Dieu et envers le peuple et même de le renverser; toute la doctrine de l'auteur repose sur l'idée d'un contrat existant entre le roi et le peuple. Si le roi viole ses obligations vis-à-vis de Dieu ou vis-à-vis du peuple, celui-ci est délié de l'obéissance. Le peuple, sous la conduite de ses magistrats, peut alors former une conjuration pour renverser le prince. L'auteur ajoute : « Si le tyran est si fort qu'on ne puisse le renverser que par les armes, il sera loisible aux représentants du peuple de faire prendre les armes au peuple et d'em-

ployer tout moyen de force et de ruse contre celui qui a été jugé ennemi de la patrie et de la république ». Mais l'auteur repousse le tyrannicide proprement dit.

Un petit livre paru en 1574, sous le titre *Du droit des magistrats sur leurs sujets* (dont l'auteur longtemps inconnu est Théodore de Bèze), contient des doctrines analogues (inséré dans les *Mémoires de l'Etat de France sous Charles IX,* 1577). L'auteur admet même le tyrannicide quand il s'agit d'un tyran sans titre. « Je ne puis trouver bonne l'opinion de ceux qui, sans aucune distinction ni exception, condamnent tous les tyrannicides » (*Mémoires de l'Etat de France,* II, p. 743).

Sur les doctrines politiques des écrivains protestants à la fin du XVIe siècle, cons. H. Lureau, *Les doctrines démocratiques chez les écrivains protestants français de la seconde moitié du XVIe siècle,* 1900; Méaly, *Les publicistes de la Réforme sous François II et Charles IX,* 1903.

Au XVIIe siècle, Jurieu admet la résistance à l'oppression. « Le salut et la conservation du peuple sont la suprême loi. Donc nous devons nous régler, dans l'obéissance qu'on doit aux souverains, sur ce qui fait la conservation de la société et l'on peut résister à quiconque la détruit » (*Lettres pastorales,* 3e édit., 1688, 17e lettre, p. 598). Mais Jurieu a toujours proclamé très nettement son aversion pour le régicide. Sur Jurieu, cons. l'excellent travail de M. R. Lureau, *Les doctrines politiques de Jurieu,* thèse Bordeaux, 1904.

A la fin du XVIIe siècle, Locke, répondant à Filmer et à ses disciples, fait une véritable théorie de la révolution. Il conclut au droit pour les individus de renverser le gouvernement qui excède ses pouvoirs. « Si, dit-il, le procédé injuste du prince ou du magistrat s'est étendu jusqu'au plus grand nombre des membres de la société et a attaqué le corps du peuple, ou si l'injustice et l'oppression ne sont tombées que sur peu de personnes, mais au regard de certaines choses qui sont de la dernière conséquence, en sorte que tous soient persuadés en leur conscience que leurs lois, leurs biens, leurs libertés, leurs vies sont en danger *et peut-être même leur religion,* je ne saurais dire que ces sortes de gens ne doivent pas résister à une force si illicite dont on use contre eux... Quand les législateurs s'efforcent de ravir et de détruire les choses qui appartiennent en propre au peuple, ou de le réduire en esclavage sous un pouvoir arbitraire, ils se mettent dans l'état de guerre avec le peuple, qui dès lors est absous et exempt de toute sorte d'obéissance à leur égard... Toutes les fois donc que la puissance législative violera cette règle fondamentale de la société..., par cette brèche qu'elle fera à son crédit et à la confiance qu'on aurait prise en lui, *elle perdra entièrement le pouvoir que le* peuple lui avait remis pour des fins directement opposées à celles qu'elle s'est proposées et il est dévolu au peuple qui a droit de reprendre sa liberté origi-

nale.... de pourvoir à sa propre conservation et à sa propre sûreté... » (Locke, *Du gouvernement civil*, chap. XVII, n° 11; chap. XVIII, n°s 13 et 14. édit. franç., Amsterdam, 1691, p. 269 et 285). — Il est important de remarquer que Locke affirme le droit de résistance et de sédition non seulement à l'égard du roi, mais encore à l'égard du législateur, représentant du peuple, qui est lié comme le roi lui-même par des lois supérieures. Locke nie ainsi la toute puissance de la loi, qui sera la doctrine de J.-J. Rousseau. Celui-ci ne peut admettre la résistance à l'oppression contre le législateur, puisque le législateur c'est la collectivité elle-même; la collectivité ne peut s'insurger contre elle-même; elle ne peut d'ailleurs violer le droit, parce qu'elle ne peut rien faire contre elle-même (*Contrat social*, liv. I, chap. II). C'est l'absolutisme pur; et les doctrines du *Contrat social* impliquent la négation de la résistance à l'oppression de la minorité par la majorité. C'est ce qu'avait en vue Benjamin Constant quand il écrivait si justement : « Je ne connais aucun système de servitude qui ait consacré des erreurs plus funestes que l'éternelle métaphysique du *Contrat social* » (*Cours de politique constitutionnelle*, I, 1819, p. 329).

Ce n'est donc point dans le *Contrat social*, mais bien dans le *Traité du gouvernement civil* de Locke que l'on doit chercher l'inspiration des dispositions de nos Déclarations des droits qui proclamera le droit de résistance à l'oppression.

Comment la question se pose-t-elle aujourd'hui? Pour le tyrannicide, la solution n'est pas douteuse. Nul n'a le droit de donner la mort à autrui. L'assassinat politique reste toujours un assassinat. Quant à la résistance à l'oppression, il faut distinguer les trois espèces traditionnelles : la résistance *passive*, la résistance *défensive* et la résistance *agressive*. Il n'est pas douteux que tout individu a le droit de résister à l'application de toute loi contraire au droit ou à tout acte contraire à la loi, en n'exécutant la chose commandée que lorsque la contrainte est employée contre lui, en protestant même contre ce qu'il considère comme une violation du droit et en déclarant qu'il ne cède qu'à la contrainte matérielle et après avoir employé toutes les voies de recours qui sont mises par la loi à sa disposition. Le droit de résistance passive ainsi compris n'a jamais été contesté et ne peut pas l'être. Il appartient à chacun d'apprécier en conscience s'il doit obéir volontairement à tel ou tel acte de l'autorité ou

s'il ne doit y obéir que sous la pression de la contrainte. La loi n'est point, parce qu'elle est la loi, la vérité absolue. Demander à tous l'obéissance passive à la loi, c'est vouloir faire un peuple d'esclaves. L'obéissance à la loi est une nécessité sociale; mais chacun est libre d'apprécier la valeur d'une loi et de faire tout ce qu'il pourra, sans recourir à la violence, pour se soustraire à l'application d'une loi qu'il considère comme contraire au droit, comme aussi à l'exécution d'un acte qu'il considère comme contraire à la loi.

Benjamin Constant a dit très justement : « L'obéissance à la loi est un devoir; mais comme tous les devoirs il n'est pas absolu, il est relatif; il repose sur la supposition que la loi part d'une source légitime et se renferme dans de justes bornes. Ce devoir ne cesse pas lorsque la loi ne s'écarte de cette règle qu'à quelques égards; nous devons au repos public beaucoup de sacrifices... Mais aucun devoir ne nous lie envers des lois telles que celles qu'on faisait, par exemple en 1793, ou même plus tard et dont l'influence corruptrice menace les plus nobles parties de notre existence... » (*Cours de politique constitutionnelle*, I, 1819, p. 211).

La résistance *défensive* est-elle légitime? La question est ici plus délicate. Elle se pose dans le cas où on veut résister par la force à l'exécution d'une loi que l'on prétend contraire au droit ou à un acte individuel contraire à la loi. Le droit de résistance défensive ne saurait être théoriquement contesté. Mais il n'est pas douteux que l'exercice d'un pareil droit présente de graves dangers. On conçoit difficilement qu'une société puisse vivre où l'on reconnaîtrait à tout citoyen le droit de s'opposer par la force à l'exécution d'une loi qu'il prétend contraire au droit. Il est incontestable, d'autre part, qu'il y aurait en droit positif délit de rébellion de la part de l'individu qui opposerait une résistance armée à l'agent qui agit dans les limites de ses pouvoirs pour assurer l'exécution d'une loi, alors même que cette loi serait manifestement contraire au droit : le tribunal ne pourrait pas ne pas le condamner pour rébellion puisqu'en France aucun tribunal n'est compétent pour apprécier la constitutionnalité d'une loi (cf. § 94).

Mais l'individu a certainement le droit de résister par la force à l'acte individuel d'un agent agissant en violation de la loi. L'acte de l'agent n'a alors aucune valeur légale; c'est un acte de force brutale auquel l'individu a le droit de répondre par la force. En droit positif, la question se pose très nettement de la manière suivante : y a-t-il crime ou délit de rébellion, aux termes de l'art. 209 du code pénal, dans les voies de fait exercées sur un agent agissant en violation de la loi ?

Le code pénal de 1791, conformément au principe de la résistance à l'oppression, formulé dans l'art. 2 de la Déclaration des droits, ne punissait la résistance violente qu'autant qu'elle était opposée à un dépositaire de la force publique « agissant légalement dans l'ordre de ses fonctions ». Certains législateurs modernes ont, comme le code de 1791, subordonné expressément l'existence du délit de rébellion à la légalité de l'acte exercé par l'agent de l'autorité publique. Ce sont notamment les codes allemand, hongrois, italien. D'autres ne donnent pas de solution précise et exigent seulement que pour qu'il y ait rébellion la violence et les voies de fait se produisent contre l'exécution des lois ou les ordres de justice. Code français, art. 209.

Le code français ayant gardé le silence, nous croyons, avec M. Garraud, « qu'il ne saurait exister de rébellion dans la résistance même avec violences et voies de fait, opposée à un acte illégal » (*Droit pénal*, 2e édit., 1898, I, p. 580). Le savant auteur dit très justement : « Ce qui constitue la criminalité de la rébellion, c'est la désobéissance et le mépris de la loi; la violence contre les agents de l'autorité est le moyen externe par lequel se manifeste cette désobéissance et ce mépris. Or quand le fonctionnaire public n'exécute pas la loi en sortant de ses fonctions ou en en abusant, il commet un acte arbitraire au préjudice d'un citoyen et celui-ci en y résistant ne s'oppose pas à l'*exécution*, mais à la *violation* de la loi. Non seulement cette résistance cesse d'être délictueuse, mais encore elle devient légitime... L'attaque ou la résistance avec violence dans le but d'empêcher l'exécution de la loi ou d'un ordre de l'autorité, tel est l'élément intentionnel du délit de rébellion; or celui qui résiste à un acte arbitraire n'a pas l'intention de s'opposer à l'exécution de la loi, puisqu'il résiste précisément parce que la loi n'est pas exécutée » (Garraud, *loc. cit.*, I, p. 580-581).

M. Garraud, pour mettre sa doctrine d'accord avec la jurisprudence, lui apporte une restriction. Il estime que les agents de l'autorité doivent être présumés agir légalement, que dès lors si un particulier se trouve en présence d'un fonctionnaire agissant dans la sphère de ses pouvoirs, avec un mandat dont il justifie, toute résis-

DEUXIÈME PARTIE

ORGANISATION POLITIQUE DE LA FRANCE

CHAPITRE PREMIER

LE CORPS ÉLECTORAL

98. Composition du corps électoral. — Dans la conception de l'Etat démocratique moderne, le corps des citoyens exprime directement la volonté de la nation (cf. §§ 51-53). Mais dans le système représentatif, le corps des citoyens ne prend pas de décision ; il n'a d'autre fonction que d'élire directement ou indirectement les organes de représentation. D'où le nom de corps électoral qui lui est donné habituellement et par lequel nous le désignons. On peut dire que le corps électoral est aujourd'hui l'organe suprême de l'Etat français, en ce sens que tous les organes et même tous les agents dérivent directement ou indirectement de lui.

Le corps électoral se compose actuellement de tous les Français du sexe masculin, majeurs de vingt et un ans, non frappés de déchéance ou d'incapacité déterminées par la loi. C'est en ce sens que l'on dit

qu'en France le suffrage est universel. Le principe est formulé très nettement dans l'art. 12 du décret organique du 2 février 1852 : « Sont électeurs, sans condition de cens, tous les Français âgés de vingt et un ans accomplis, jouissant de leurs droits civils et politiques ». Le même principe a été reproduit, d'une manière générale, à propos des élections municipales, par l'art. 14, §§ 1 et 2 de la loi du 5 avril 1884 : « Les conseils municipaux sont élus par le suffrage direct et universel. Sont électeurs tous les Français âgés de vingt et un ans accomplis et n'étant dans aucun cas d'incapacité prévu par la loi ». — On a dit parfois que le principe du suffrage universel n'était aujourd'hui consacré que par des lois ordinaires et non par des lois constitutionnelles, l'art. 24 de la constitution de 1848 n'ayant plus le caractère de disposition constitutionnelle. C'est inexact. En effet, à l'art. 1 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, on lit : « La chambre des députés est nommée par le suffrage universel dans les conditions déterminées par la loi électorale ». Donc une loi qui déciderait que la chambre des députés ne serait plus élue au suffrage universel serait une loi inconstitutionnelle.

Le suffrage est non seulement universel, mais il est encore *égalitaire* et *unitaire*. Tous les Français mâles et majeurs sont électeurs ; chacun a une voix et chacun n'a qu'une voix (cf. § 32). — Mais malgré cela, il y a certains individus auxquels l'électorat ne peut être reconnu.

D'abord l'électorat ne peut appartenir à certains individus qui sont dans l'incapacité physique légalement reconnue de l'exercer. Comme il est de principe qu'on ne peut voter par procuration, celui qui est légalement dans l'impossibilité physique de voter perd par là même la jouissance du droit de vote. Ce sont les individus frappés d'interdiction judiciaire (D. org. 2 février 1852, art. 15, n° 16).

D'autre part, la loi en France et dans les pays qui

admettent le suffrage universel, a établi certaines déchéances. Elles se rattachent à cette idée très juste que certaines personnes se sont placées elles-mêmes en dehors de la vie collective ou ne sont pas dignes de prendre part d'une manière quelconque au gouvernement de la nation. On ne peut pas dire que ce soit là une restriction au suffrage universel; les individus qu'on frappe se sont rendus eux-mêmes indignes de participer au gouvernement de leur pays. — Ces déchéances électorales sont ou perpétuelles ou temporaires.

Déchéances perpetuelles. — Elles frappent :

1° Les individus privés de leurs droits civils et politiques, par suite de condamnations soit à des peines afflictives ou infamantes, soit à des peines infamantes seulement (D. org. 2 fév. 1852, art. 15, n° 1).

2° Ceux auxquels les tribunaux, jugeant correctionnellement, ont interdit le droit de vote et d'élection, par application des lois qui autorisent cette interdiction (D. org. 2 février 1852, art. 15, n° 2; rap. C. pén., art. 42, 86, 89, 91, 123).

3° Les condamnés pour crime à l'emprisonnement, par application de l'art. 463 C. pén. (admission des circonstances atténuantes) (D. org. 2 février 1852, art. 15, n° 3).

4° Ceux qui ont été condamnés aux peines prononcées en vertu de la loi du 1er août 1905 sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et de la falsification de denrées alimentaires et de produits agricoles (L. 1er août 1905, art. 14, § 2, combinée avec la loi du 24 janvier 1889).

5° Les condamnés pour vol, escroquerie, abus de confiance, soustraction commise par les dépositaires de deniers publics ou attentats aux mœurs prévus par les art. 330 et 334 du Code pénal, quelle que soit la durée de l'emprisonnement auquel ils ont été condamnés (D. org. 2 février 1852, art. 15, n° 5).

6° Les individus qui ont été condamnés pour outrages aux bonnes mœurs (D. org. 2 février 1852, art. 15, n° 6; L. L. 29 juillet 1881, art. 28, 2 août 1882 et 16 mars 1898). Les lois visées par l'art. 15, n° 6 du décret organique de 1852 ne sont plus en vigueur; mais comme cette disposition n'a jamais été abrogée, la cour de cassation a décidé que les peines prononcées par application de l'art. 28 de la loi du 29 juillet 1881 et la loi du 2 août 1882 pour outrages aux bonnes mœurs, entraîneraient perte du droit électoral (Cass., 18 avril 1888, D., 89. 1. 285, et *Rép. droit adm.*, v° *Elections,* XIV, p. 423; rap. Cass., 24 mars 1893, S., 93. 1. 272). Il faut évidemment donner la même solution pour les peines édictées par

la loi du 16 mars 1898 sur la répression des outrages aux bonnes mœurs, qui n'a fait que modifier la loi du 2 août 1882.

7° Les individus condamnés à plus de trois mois d'emprisonnement en vertu des art. 31-36, 38-42, 45, 46 du décret organique du 2 février 1852 (fraudes en matière électorale, violences et voies de fait au scrutin).

8° Les notaires et officiers ministériels destitués, mais seulement lorsqu'une disposition formelle du jugement ou arrêt de destitution les aura déclarés déchus des droits de vote, d'élection et d'éligibilité; les greffiers destitués, mais seulement lorsque cette déchéance aura été expressément prononcée, en même temps que la destitution, par un jugement ou une décision judiciaire (L. 10 mars 1898, art. 3, modifiant l'art. 15, n° 8 du D. org. 2 février 1852).

9° Les condamnés pour vagabondage et mendicité (D. org. 2 février 1852, art. 15, n° 9; C. pénal, art. 269-282).

10° Ceux qui auront été condamnés à trois mois de prison au moins par application des art. 439, 443, 444-447 et 452 du C. pénal (destruction de registres, etc., détérioration de marchandises et d'instruments servant à la fabrication, dévastation de récoltes, abatage et mutilation d'arbres, empoisonnement de bestiaux) (D. org. 2 février 1852, art. 15, n° 10).

11° Ceux qui auront été déclarés coupables de délits prévus par les art. 410 et 411 du C. pénal (contraventions aux règlements sur les maisons de jeu et de prêt sur gage) (D. org. 2 février 1852, art. 15, n° 11, combiné avec l'art. 22, § 4 de la loi du 30 novembre 1875 sur l'élection des députés).

12° Les militaires condamnés aux travaux publics (D. org. 2 février 1852, art. 15, n° 12).

13° Les individus condamnés à l'emprisonnement pour certaines infractions à la loi sur le recrutement de l'armée. Le décret org. du 2 février 1852, art. 15, n° 13 vise les infractions prévues et punies par les art. 38, 41, 43 et 45 de la loi du 11 mars 1832. Il y a longtemps que cette loi n'est plus en vigueur, et le recrutement de l'armée est aujourd'hui réglé par la loi du 21 mars 1905. La disposition de l'art. 15 n° 13 du décret de 1852 n'a pas été touchée; il en résulte que seules les infractions qui, étant prévues par les art. 38, 41, 43 et 45 de la loi de 1832, sont encore prévues par la loi de 1905, peuvent entraîner la déchéance électorale, c'est-à-dire les fraudes et manœuvres par suite desquelles un jeune homme aura été omis sur le tableau de recensement (L. 21 mars 1832 et L. 21 mars 1905, art. 79); le fait de s'être rendu volontairement impropre au service militaire (L. 1832, art. 41 et L. 1905, art. 80); réception par les médecins militaires ou civils appelés à donner leurs avis au conseil de révision de dons ou agrément de promesses pour être favorables aux jeunes gens (L. 1832, art. 45 et L. 1905, art. 81).

14° Les condamnés pour délits d'usure (D. org. 2 février 1852, art. 15, n° 15). Le délit d'usure est puni et défini par la loi du

19 décembre 1850. La loi du 12 janvier 1886 a établi la liberté du taux de l'intérêt en matière commerciale et abrogé la loi du 19 décembre 1850 en tant qu'elle s'appliquait en matière commerciale. En matière civile, la loi de 1850 reste applicable avec toutes ses conséquences.

15° Les condamnés pour banqueroute simple ou frauduleuse. Aux termes de l'art. 15, n° 17 du décret org. du 2 février 1852, les faillis simples étaient frappés de la déchéance électorale perpétuellement jusqu'à réhabilitation. La loi du 30 décembre 1903 décide qu'ils ne sont frappés de déchéance que pendant dix ans (cf. *infra*).

Déchéances temporaires. Elles frappent les catégories de personnes suivantes :

1° Les condamnés à plus d'un mois d'emprisonnement pour rébellion, outrages et violences envers les dépositaires de l'autorité ou de la force publique, envers un juré à raison de ses fonctions ou envers un témoin à raison de ses dépositions, ou pour délits prévus par la loi sur les attroupements (L. 7 juin 1848) et pour infraction à la loi sur le colportage (L. 29 juillet 1881, art. 18-22), sont frappés de la perte de leurs droits électoraux pendant cinq ans à partir de l'expiration de leur peine (L. 24 janvier 1889 modifiant l'art. 16 du décret org. du 2 février 1852).

2° Ceux qui ont été condamnés à plus d'un mois, mais à moins de trois mois d'emprisonnement par application de la loi du 1er août 1905 sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises, sont frappés de la même déchéance de cinq ans (combinez la loi du 1er août 1905, art. 14, avec la loi du 24 janvier 1889). La loi du 24 janvier 1889 édictait la même déchéance de cinq ans contre ceux qui avaient été condamnés à plus d'un mois d'emprisonnement pour délit prévu par la loi sur les clubs. Mais aujourd'hui, depuis que la loi du 1er juillet 1901 (art. 21) a abrogé l'art. 7 de la loi du 30 juin 1881 maintenant la prohibition des clubs, les clubs sont libres et cette disposition de la loi du 24 janvier 1889 est sans objet.

3° Les faillis non condamnés pour banqueroute simple et frauduleuse sont frappés de la perte de leurs droits électoraux pendant dix ans à partir de la déclaration de faillite (L. 30 décembre 1903, art. 1).

4° Sont frappés de la perte des droits civiques pour une durée variant de cinq à dix années, les individus condamnés pour avoir conclu ou tenté de conclure en Algérie ou dans les territoires du sud une convention ayant pour objet d'aliéner la liberté d'une tierce personne, ou pour avoir introduit en Algérie ou dans les territoires du sud ou fait sortir ou tenté de faire sortir de ces pays des individus destinés à faire l'objet de la dite convention (D. 15 juillet 1906, *J. off.*, 18 juillet 1906).

5° Certaines personnes que les tribunaux jugeant correctionnellement peuvent frapper de l'interdiction du droit de vote pendant un temps dont le maximum est fixé par la loi. Par exemple, les

individus condamnés pour délits électoraux prévus par la loi du 30 mars 1902 (tous individus ayant changé ou tenté de changer, par diverses manœuvres prévues par la loi, le résultat d'un scrutin), peuvent être frappés par les tribunaux, en sus de la peine prévue par cette loi du 30 mars 1902, de l'interdiction des droits civiques pendant une durée de deux à cinq ans.

Certaines catégories de personnes, comme les militaires, ne peuvent pas voter. Mais ces personnes ne sont pas privées de l'électorat; elles sont seulement dans l'impossibilité momentanée de l'exercer. Il en sera parlé au § 101.

99. L'établissement du suffrage universel en France. — Notre pays pratique le suffrage universel depuis 1848, et la première assemblée qui ait été élue au suffrage universel et direct est l'Assemblée nationale constituante élue après la révolution de février 1848. Nous disons élue au suffrage *universel et direct.* En effet, la Convention fut, en réalité, élue au suffrage universel par suite du décret de l'Assemblée législative du 11 août 1792, qui avait supprimé la distinction établie par la constitution de 1791, des citoyens *actifs* et des citoyens *passifs*, mais le suffrage eut lieu à deux degrés, conformément à la règle établie par la constitution de 1791.

L'électoral pendant la Révolution. — Un règlement du 24 janvier 1789 détermina le mode d'élection aux états généraux; il remit en vigueur de vieux usages en donnant d'ailleurs une très large extension au droit électoral. Les députés du clergé séculier et de la noblesse sont élus au suffrage direct et sont même électeurs les clercs sans bénéfice et les nobles sans fief. Le clergé régulier vote à deux degrés. Les députés du tiers sont élus à deux degrés. Mais sont électeurs au premier degré tous les habitants du tiers état, Français, âgés de 25 ans, domiciliés et compris au rôle des impositions. Cons. Duguit et Monnier, *Les constitutions de la France, Notices historiques*, p. II et suiv.

La première loi électorale faite par l'Assemblée nationale est la loi du 22 décembre 1789, qui établit le suffrage à deux degrés, la distinction des assemblées primaires et des assemblées électorales, la distinction des citoyens *passifs*, qui ne font pas partie des assemblées primaires et des citoyens *actifs*, qui, réunissant certaines conditions notamment de cens, font partie des assemblées primaires. La plupart des dispositions de cette loi ont passé dans la constitution de 1791, tit. III, chap. I, sect. II-IV. Elles peuvent se résumer ainsi : Les citoyens actifs de chaque canton forment l'assemblée primaire du canton. Est citoyen actif tout Français âgé de 25 ans,

domicilié dans le canton depuis un an, qui paie une contribution directe au moins égale à la valeur de trois journées de travail, qui n'est pas dans l'état de domesticité, qui est inscrit à la municipalité de son domicile au rôle de la garde nationale et qui a prêté le serment civique (Const. 1791, tit. III, chap. I, sect. II, art. 2). Les assemblées primaires nomment des électeurs en proportion du nombre des citoyens actifs domiciliés dans le canton.

Pour pouvoir être nommé électeur, il faut être citoyen actif et ensuite réunir les conditions suivantes : Dans les villes au-dessus de 6.000 âmes, il faut être propriétaire ou usufruitier d'un bien évalué sur les rôles des contributions à un revenu égal à la valeur locale de 200 journées de travail ou être locataire d'une habitation évaluée sur les mêmes rôles à un revenu égal à la valeur de 150 journées de travail; dans les villes au-dessous de 6.000 âmes, celle d'être propriétaire ou usufruitier d'un bien évalué sur les rôles de contributions à un revenu égal à la valeur locale de 150 journées de travail ou d'une habitation évaluée à un revenu égal à la valeur de 100 journées de travail; et dans les campagnes, celle d'être propriétaire ou usufruitier d'un bien évalué sur les rôles des contributions à un revenu égal à la valeur locale de 150 journées de travail ou d'être fermier ou métayer de biens évalués sur les mêmes rôles à la valeur de 400 journées de travail (Const. 1791, tit. III, chap. I, sect. II, art. 7). — Ces assemblées électorales nommaient les députés, les administrateurs et les juges. Seuls les juges de paix et les municipalités étaient élus directement par les assemblées primaires.

On voit par là que la pensée dominante de l'Assemblée de 1789 fut d'attacher l'électorat à la propriété (cf. § 23).

Les dispositions de la loi du 22 décembre 1789, établissant la distinction des citoyens actifs et des citoyens passifs et exigeant des conditions de cens pour être électeur primaire, furent votées sans difficulté. Ce n'est que le 25 janvier 1790 que Robespierre fit à l'Assemblée sa motion tendant à l'établissement du suffrage universel : « L'Assemblée décrète que... tous les Français... continueront d'être habiles d'exercer la plénitude des droits politiques ». Robespierre développa cette proposition dans un discours où nous relevons ceci : « Que serait donc votre Déclaration des droits si ces décrets (14 et 22 décembre 1789) pouvaient subsister ? Une vaine formule. Que serait la nation ? Esclave... Que serait notre constitution ? Une aristocratie... Et quelle aristocratie ? La plus insupportable de toutes, celles des riches » (*Archives parlem.*, 1re série, XI, p. 319 et 320). La proposition de Robespierre fut renvoyée au comité de constitution, c'est-à-dire indéfiniment ajournée. Au mois d'août 1791, au moment où l'on procéda au vote définitif des articles de la constitution, le principe du suffrage censitaire et à deux degrés fut voté sans discussion, avec quelques simples modifications de rédaction (*Archives parlem.*, 1re série, XXIX, p. 333).

Le 10 août 1792, l'Assemblée législative, sous la pression de l'émeute, décrète que le peuple français est invité à former une convention nationale et que le roi chef du pouvoir exécutif est provisoirement suspendu de ses fonctions. Le 11 août elle rend sur le rapport de Guadet un décret qui supprime la distinction des citoyens actifs et passifs, et décide que pour être admis dans les assemblées primaires il suffira d'être Français, âgé de 21 ans, domicilié depuis un an, de vivre de son revenu ou du produit de son travail et de n'être pas en état de domesticité; mais elle maintient le suffrage à deux degrés (D. 11 août 1792, art. 1 et 2; rapp. D. 10 août 1792). Ainsi la Convention fut élue au suffrage universel à deux degrés.

La Convention, considérant comme Rousseau que le suffrage universel est la conséquence logique du principe de la souveraineté nationale, allait proclamer le suffrage universel et direct; mais elle ne devait point le mettre en pratique. L'art. 17 du projet de Déclaration girondine, voté par la Convention, portait que tout citoyen a un droit égal de concourir à l'exercice de la souveraineté; le projet de constitution girondine décidait que l'assemblée législative serait élue directement et immédiatement dans les assemblées primaires par tous les citoyens âgés de 21 ans et résidant depuis un an sur le territoire français sans aucune condition de cens.

Dans son rapport sur le projet de constitution qui devait devenir la constitution de 1793, Hérault de Séchelles qualifie d'*odieuse* la préférence donnée par la constitution de 1791 aux citoyens nommés actifs, et ajoute en parlant de cette distinction des citoyens actifs et passifs : « Nous ne daignons pas reparler de tant de puérilité; ces souvenirs ne sont plus aujourd'hui que du domaine de l'histoire qui sera forcée de les raconter en rougissant » (*Moniteur*, réimpression, XVII, p. 616). En conséquence, la constitution établit le suffrage universel. Tout homme né et domicilié en France, âgé de 21 ans, est citoyen français. Tout citoyen français a le droit de voter (Const. de 1793, art. 4, 7 et 11). Le suffrage est direct pour l'élection de l'assemblée législative (Const. 1793, art. 8). Mais il s'exerce à deux degrés pour l'élection des administrateurs, des arbitres publics, des juges criminels et de cassation (art. 9).

La constitution de 1793 ne fut point appliquée. Après le 9 thermidor, la Convention décide qu'elle fera une nouvelle constitution. Un comité de 11 membres est nommé. Boissy d'Anglas en est le rapporteur. Dans son rapport on lit : « Il s'agit de profiter de toutes les expériences faites depuis quatre années pour donner une constitution vraiment libre et qui prévienne à la fois le retour de l'anarchie et de la tyrannie; *il s'agit en un mot d'organiser le gouvernement des meilleurs* ». C'est en s'inspirant de cette idée que la Convention, dans la constitution de l'an III, rétablit même pour l'élection du corps législatif le suffrage à deux degrés (art. 41). Pour être électeur au premier degré, il faut être âgé de 21 ans

accomplis, s'être fait inscrire sur le registre civique de son canton, demeurer depuis une année sur le territoire de la république et *payer une contribution directe foncière ou personnelle* (Const. an III, art. 8). Ainsi on n'est électeur que si l'on paie une contribution, d'ailleurs quelque minime qu'elle soit. Quant aux conditions pour être électeur au deuxième degré, ce sont celles déjà exigées par la constitution de 1791 (Const. an III, art. 35). Le comité des Onze proposait l'élection directe. Des républicains ardents, comme Louvet, Jean Debry, demandèrent le vote à deux degrés, soutenant qu'il assurait bien mieux la liberté, l'égalité, la pureté électorale; et finalement c'est la solution qu'admit la Convention abandonnant encore ici les principes de l'orthodoxie démocratique.

Les auteurs de la constitution de l'an VIII, pour se conformer au prétendu dogme formulé par Siéyès : « La confiance doit venir d'en bas et l'autorité doit venir d'en haut », suppriment toute élection véritable et créent des *listes d'éligibilité* ou *listes de confiance*, liste nationale, listes départementales et listes communales, qui doivent être formées par un système de triple sélection et sur lesquelles doivent être choisis les fonctionnaires nationaux, les fonctionnaires départementaux et les fonctionnaires communaux (Const. an VIII, art. 7-14). Mais l'art. 14 portait que ces listes ne seraient établies que dans le courant de l'an IX, ce qui permettait au premier consul de faire librement toutes les premières nominations. Ces listes de confiance furent supprimées par le sénatusconsulte du 16 thermidor an X, avant d'avoir fonctionné. Ce sénatusconsulte créa des assemblées de canton, des collèges électoraux d'arrondissement et des collèges électoraux de département. Malgré ces noms, il n'y a point véritablement d'élection. Les assemblées de canton nomment cependant les collèges d'arrondissement et les collèges de département. Mais le gouvernement peut désigner en outre un certain nombre de membres des collèges de département et d'arrondissement. Ces collèges ne font que des présentations. Ils présentent chacun deux citoyens pour former la liste sur laquelle doivent être nommés les membres de la députation au corps législatif. Les collèges électoraux d'arrondissement présentent deux citoyens pour faire partie de la liste sur laquelle doivent être choisis les membres du tribunat. Les collèges électoraux de département présentent deux citoyens pour former la liste sur laquelle sont nommés les membres du sénat (Sénatusconsulte 16 thermidor an X, art. 4-38). Le sénatusconsulte du 28 floréal an XII maintient tels quels ces corps électoraux.

L'électorat pendant la Restauration. — La charte de 1814 déclare que la chambre des députés sera composée des députés élus par les collèges électoraux, dont l'organisation sera déterminée par les lois; mais elle pose en même temps les principes mêmes de la future loi électorale; elle fixe l'âge de l'électorat à 30 ans et décide que nul ne peut être électeur s'il ne paie une contribution directe de 300 fr.

(Charte 1814, art. 35 et 40). L'art. 75 porte que les députés qui siègent au corps législatif siègeront à la chambre des députés jusqu'au prochain renouvellement.

L'Acte additionnel déclare maintenus les assemblées de canton et les collèges électoraux de département et d'arrondissement, créés par le sénatusconsulte du 16 thermidor an X (art. 27). Mais il est décidé que les collèges de département et d'arrondissement nommeront directement à la chambre des représentants le nombre des représentants établi pour chacun par un tableau annexé à l'Acte additionnel (art. 31).

Un des premiers actes de la seconde Restauration est l'ordonnance du 13 juillet 1815, qui prononce la dissolution de la chambre ancienne, convoque une nouvelle chambre, fixe le nombre de ses membres à 402, abaisse l'âge de l'électorat à 21 ans, maintient provisoirement les collèges électoraux de l'empire, mais moins libérale que l'Acte additionnel ne confère pas aux collèges électoraux la nomination directe des députés : chaque collège d'arrondissement doit se borner à élire un nombre de candidats égal au nombre des députés du département, et le collège électoral du département doit choisir au moins la moitié des députés parmi ces candidats. Une ordonnance du 21 juillet 1815 autorise les préfets à compléter les collèges électoraux devenus incomplets, en ajoutant 20 membres aux collèges de département et 10 aux collèges d'arrondissement. L'ordonnance du 13 juillet annonçait la revision de plusieurs articles de la Charte, notamment des articles relatifs aux conditions d'âge et de cens pour l'électorat.

C'est de ce régime pseudo-électoral que sortit la chambre *introuvable*. L'ordonnance du 5 septembre 1816, rendue sous l'influence de M. Decazes, en prononça la dissolution et annonça en même temps qu'aucun article de la Charte ne serait modifié. Les nouvelles élections eurent lieu suivant le système réglé par l'ordonnance du 13 juillet 1815.

L'ordonnance du 5 septembre 1816, en annonçant (art. 1) qu'aucun des articles de la Charte ne serait revisé, rendait nécessaire le vote d'une loi organique des élections, qui avait été annoncée par l'art. 35 de la Charte. Ce fut la loi du 5 février 1817, dont le projet fut préparé par une commission nommée par Lainé, devenu ministre de l'intérieur et où siégeaient Royer-Collard et Guizot. La loi fut votée après une très brillante discussion à laquelle prirent surtout part Royer-Collard, Villèle, Serres. Ce ne fut qu'à une majorité de 12 voix que fut voté le principe même de la loi formulé dans l'art. 1 et d'après lequel tout Français réunissant les conditions exigées par la loi est appelé à concourir directement à l'élection des députés du département où il a son domicile politique (rapp. l'art. 7). La loi, en effet, abandonnait ce système des collèges électoraux, qui n'était que le simulacre d'un véritable système électoral ; elle réalisait un progrès considérable dans le sens libéral en établissant une élection

véritable des députés par les citoyens. Conformément à l'art. 40 de la Charte, elle fixait l'âge de l'électorat à 30 ans et le cens électoral à 300 fr. de contribution directe (art. 1). A la différence des constitutions de 1791 et de l'an III, elle établissait le suffrage direct. L'élection avait lieu au scrutin de liste par département.

Dès la promulgation de cette loi, la droite commença contre elle une violente campagne. Après l'assassinat du duc de Berry, le 13 février 1820, et la chute du ministère Decazes, à la faveur du mouvement de réaction très prononcé qui se produisit alors, fut votée la loi électorale du 29 juin 1820, loi dite du *double vote*. Le but de la loi nouvelle est de donner la prépondérance dans les élections politiques à l'aristocratie de fortune. Le texte, qui devint la loi de 1820, ne fut point cependant celui que présentait le gouvernement. Celui-ci proposait de créer deux classes de collèges électoraux : les uns, dits d'arrondissement, auraient choisi chacun autant de candidats que le département nommait de députés, et les collèges de département composés du cinquième des électeurs pris parmi les plus imposés auraient nommé les députés en les choisissant parmi les candidats présentés par les collèges d'arrondissement. Le principe du double collège fut voté à huit voix de majorité. Mais devant les menaces d'émeute, le ministère accepta un amendement présenté par M. Courvoisier et repris par M. Boin, et qui devint l'art. 2 où sont déterminés tous les éléments du nouveau système, qui se résume ainsi. Il y a autant de collèges électoraux d'arrondissement qu'il y a de circonscriptions électorales déterminées par ordonnance royale, au nombre de 258 ; ils se composent de tous les Français âgés de 30 ans et payant 300 fr. de contribution directe ; ils nomment chacun directement un député. Les collèges de département se composent des électeurs les plus imposés en nombre égal au quart de la totalité des électeurs du département. Ils nomment 172 députés suivant une répartition faite par un tableau annexé à la loi. Avec ce système dans chaque département, les plus imposés votent deux fois, une fois au collège d'arrondissement, et une autre fois au collège de département ; d'où le nom de loi du *double vote*.

Cette loi resta en vigueur jusqu'à la fin de la Restauration. Une des quatre ordonnances du 25 juillet 1830, qui amenèrent la révolution de 1830, prononçait la dissolution de la chambre des députés qui venait d'être élue, et une autre modifiait le régime électoral ; elle décidait que la chambre ne se composerait que des députés des départements, que les collèges d'arrondissement éliraient chacun un nombre de candidats égal au nombre des députés du département, que les collèges des départements éliraient les députés en en prenant la moitié parmi les candidats présentés par les collèges d'arrondissement et que pour déterminer le cens de l'éligibilité et de l'électorat, on ne tiendrait pas compte de la contribution des patentes. On sait que la révolution empêcha l'application de ces ordonnances.

L'électoral sous le Gouvernement de juillet. — L'art. 30 de la Charte de 1830 reproduisait textuellement l'art. 35 de la Charte de 1814, annonçant le vote d'une loi électorale. Mais à l'art. 69, il était dit : « Il sera pourvu par des lois séparées et dans le plus court délai possible aux objets qui suivent... 9° L'abolition du double vote et la fixation des conditions électorales et d'éligibilité ». Cette loi fut faite en effet : c'est la loi électorale du 19 avril 1831, qui vint assurer la prépondérance à la classe moyenne et resta en vigueur jusqu'en 1848. Elle supprime le double vote, établit le vote direct au scrutin uninominal. Le nombre des députés de chaque département et la division des départements en arrondissements électoraux sont réglés par un tableau annexé à la loi. Elle fixe l'âge de l'électorat à 25 ans accomplis, et le cens électoral à 200 francs de contribution directe (art. 1). Elle établit quelques *capacités* en nombre très restreint. Sont en effet électeurs en payant seulement 100 fr. de contribution : 1° les membres et correspondants de l'Institut; 2° les officiers des armées de terre et de mer jouissant d'une pension de retraite de 1.200 francs au moins et justifiant d'un domicile réel de 3 ans au moins dans l'arrondissement. Il faut ajouter qu'aux termes de l'art. 2 de la loi de 1831, si le nombre des électeurs d'un arrondissement électoral ne s'élevait pas à 150, ce nombre devait être complété en appelant les citoyens les plus imposés au-dessous de 200 francs.

Cette loi doublait à peu près le nombre des électeurs ; mais elle établissait le scrutin uninominal d'arrondissement ; elle maintenait encore un cens électoral élevé (200 francs) et n'admettait l'adjonction des capacités qu'en nombre infiniment restreint. Aussi fut-elle pour l'opinion publique une véritable déception. La question de la *réforme électorale* resta posée pendant tout le règne de Louis-Philippe, et c'est assurément par son entêtement à ne pas la faire en temps opportun que Guizot causa la perte du régime.

La campagne devint surtout active à partir de 1840. Sous le nom de *réforme électorale* des partis très opposés demandent des choses très différentes. Les plus avancés par la *réforme électorale* entendent tout simplement le suffrage direct et universel ; d'autres demandent seulement le droit de vote pour tous les Français faisant partie de la garde nationale ; la gauche dynastique avec Odilon Barrot demande l'adjonction des capacités, c'est-à-dire des personnes portées sur la deuxième liste du jury : fonctionnaires nommés par le roi et exerçant des fonctions gratuites, officiers des armées de terre et de mer en retraite, docteurs et licenciés des facultés de droit, des sciences et des lettres, docteurs en médecine, membres et correspondants de l'Institut, membres des autres sociétés savantes reconnues par le roi, notaires.

Le 16 mai 1840, la chambre eut à statuer sur diverses pétitions relatives à la réforme électorale. Arago fait un discours où il demande le suffrage universel pur et simple comme préliminaire

d'une réforme sociale dont il affirme l'urgence. Sur la demande de M. Thiers, président du conseil, toutes les pétitions sont repoussées. Dès ce moment commence la campagne des *banquets* à laquelle participeront bientôt les partis les plus opposés, depuis les socialistes qui demandent le suffrage universel comme moyen pour arriver à la réforme sociale, jusqu'aux monarchistes libéraux qui veulent seulement l'abaissement du cens et l'adjonction des capacités. Le 14 février 1842, la chambre, à une très forte majorité, refuse, sur la demande du ministre Guizot, de prendre en considération une proposition Ducos demandant l'électorat pour tous les individus inscrits sur la liste du jury conformément à la loi du 2 mai 1827. — Après avoir provoqué tout un mouvement de presse par sa brochure *De la réforme parlementaire et de la réforme électorale,* M. Duvergier de Hauranne dépose une proposition tendant à réduire le cens électoral à 100 francs et à adjoindre les capacités. Sur l'intervention énergique de Guizot, la prise en considération est repoussée par la chambre à la majorité de 252 voix contre 154 (23 mars 1847). La campagne des banquets recommence avec une nouvelle ardeur; socialistes, républicains radicaux et modérés, monarchistes libéraux marchent ensemble. Les républicains avancés et leur chef Ledru-Rollin sont les plus bruyants, et la formule « Révolution politique comme moyen, révolution sociale comme but » devient le mot d'ordre. On sait comment l'interdiction du banquet du 12e arrondissement fut le signal d'une émeute qui bientôt était une révolution. Le 24 février, Louis-Philippe est obligé d'abdiquer.

Sur le mouvement en faveur de la réforme électorale pendant le règne de Louis-Philippe, cons. Tchernoff, *Histoire du parti républicain sous le gouvernement de Juillet,* 1902; Weill, *Histoire du parti républicain,* 1899; Thureau-Dangin, *Histoire du gouvernement de Juillet,* 1884-92.

L'électorat depuis 1848. — Comme il arrive souvent, on alla d'un coup aux extrêmes. Le Gouvernement provisoire constitué en février 1848 se trouva uniquement composé d'hommes qui demandaient le suffrage universel. Aussi un de ses premiers actes fut-il d'instituer le suffrage universel. Le 5 mars 1848, il portait le décret suivant : « Les assemblées électorales de canton sont convoquées au 9 avril prochain pour élire les représentants du peuple à l'Assemblée nationale qui doit décréter la constitution... Le suffrage sera universel. — Sont électeurs tous les Français âgés de 21 ans, résidant dans la commune depuis six mois et non judiciairement privés ou suspendus de l'exercice des droits civiques ». Rapp. la proclamation du 16 mars 1848, les DD. 8, 10, 12, 26 et 27 mars, 17 avril 1848 qui règlent les détails. Conformément à ces dispositions, les élections, d'abord fixées au 5 avril, eurent lieu le 23 avril 1848 au suffrage universel et direct, au scrutin de liste par département avec vote au chef-lieu de canton; et l'Assemblée nationale

constituante qui se réunit le 4 mai 1848 est la première assemblée politique qui, en France, ait été élue au suffrage direct et universel. Ce mode de suffrage est depuis considéré en France comme intangible ; et il devient peu à peu le système électoral de tout le monde civilisé.

L'Assemblée constituante ne pouvait que consacrer le principe du suffrage direct et universel. Elle l'a fait par les art. 24 et 25 de la constitution : « Le suffrage est direct et universel. Le scrutin est secret. Sont électeurs sans condition de cens tous les Français âgés de 21 ans et jouissant de leurs droits civils et politiques ». L'art. 27 renvoyait à la loi électorale pour la détermination des causes qui pouvaient priver un citoyen français du droit d'être électeur ou d'être élu. La loi électorale devait aussi déterminer les incompatibilités. Cette loi faite par l'Assemblée constituante est la loi du 15 mars 1849. Elle organise le suffrage universel, en confirmant, précisant et développant les règles établies par le décret du 5 mars 1848 : la population est la seule base de la représentation ; l'élection a lieu au scrutin de liste par département ; on vote au chef-lieu de canton. Pour être élu au premier tour, il n'est pas nécessaire d'obtenir la majorité absolue, mais seulement un nombre de voix au moins égal au huitième du nombre des électeurs inscrits. — On rappelle que la loi du 15 mars 1849 a été remise en vigueur par le décret du 29 janvier 1871 pour les élections à l'Assemblée nationale qui se réunit à Bordeaux le 12 février 1871.

L'Assemblée législative, qui succéda à la Constituante et qui avait été élue au suffrage universel, conformément à la loi du 15 mars 1849, contenait une majorité, qui n'était point républicaine de principe, mais profondément attachée au gouvernement parlementaire et aux principes libéraux. L'arrêt, rendu le 10 octobre 1849 par la haute cour siégeant à Versailles contre les promoteurs du mouvement du 13 juin, excluait de l'Assemblée trente députés. Les élections, qui eurent lieu pour leur remplacement le 10 mars 1850, furent la plupart favorables aux partis avancés. Monarchistes et républicains modérés attaquèrent alors vivement le système électoral ; mais n'osant pas attaquer le principe même du suffrage universel, ils demandèrent qu'il fût réglementé, invoquant une phrase de Lamartine : « La société républicaine a d'autant plus le droit de réclamer des garanties morales au suffrage universel qu'elle a sagement renoncé à toutes les garanties matérielles de fortune et de cens » (*Le conseiller du peuple*, p. 199).

C'est de ces circonstances et de cet état d'esprit que sortit la loi du 31 mai 1850. Le projet en fut préparé par une commission créée par le ministre de l'intérieur, M. Baroche, et où siégeaient tous les chefs des différents groupes composant la majorité de l'Assemblée : Berryer, Broglie, Thiers, Molé, Montalembert. Dans l'exposé des motifs rédigé par le ministre de l'intérieur on disait que le but de la loi était de moraliser l'élection en écartant du scrutin les hom-

mes tarés ou suspects, sans assiette fixe et ne présentant aucune garantie. On ajoutait : le projet de loi ne viole point les termes de la constitution, car la constitution (art. 24 et 25) se contente de fixer à 21 ans l'âge de l'électorat, de proscrire le cens, de prohiber le suffrage à deux degrés ; or on ne touche pas à la condition d'âge ; on ne rétablit pas le cens ; on n'établit pas le suffrage à deux degrés ; donc la constitution n'est point violée.

Voici d'ailleurs l'économie du projet de loi qui devint sans modification la loi du 31 mai 1850 : on étendait d'abord les cas d'indignité électorale établis par la loi du 15 mars 1849 ; par exemple on déclarait déchus du droit électoral tous les condamnés pour vol, escroquerie, abus de confiance, quelle que fût la durée de l'emprisonnement. Ces dispositions ne soulevaient point de difficultés. L'autre partie du projet de loi était plus grave et lui donnait son vrai caractère : on subordonnait l'exercice de l'électorat non plus à un domicile de six mois, comme l'avait décidé la loi de 1849, mais à un domicile de trois années continues dans la même commune ou dans le même canton (modification apportée par la commission de la chambre) (art. 2) ; et, chose plus grave, la preuve de ce domicile de trois années ne pouvait s'établir en principe que par l'inscription au rôle de la contribution personnelle ou au rôle des prestations en nature pour les chemins vicinaux (art. 3). Cependant pour les fils majeurs demeurant avec leurs parents et pour les serviteurs la preuve du domicile triennal pouvait résulter de la déclaration des parents, maîtres et patrons (art. 3), ou d'une attestation du juge de paix (art. 4). En outre les fonctionnaires publics et les membres du culte devaient être inscrits sur la liste électorale de la commune dans laquelle ils exerçaient leurs fonctions, quelle que fût la durée de leur domicile dans cette commune. Enfin l'art. 7 portait : « Quiconque quittera la commune sur la liste de laquelle il était inscrit continuera à être inscrit sur cette liste pendant trois ans, à charge de justifier sous les conditions prescrites aux art. 3, 4 et 5 de sa résidence dans la nouvelle commune ».

En réalité ce projet, s'il était voté, entraînait suppression du suffrage universel et rétablissement du suffrage censitaire puisque, excepté pour les fonctionnaires, sous l'apparence de la condition de domicile, on exigeait pour l'électorat l'inscription aux rôles de la contribution personnelle ou des prestations. On devine l'émotion qu'un pareil projet provoqua dans le parti républicain, surtout dans le parti républicain avancé. Le 18 mai 1850, M. Faucher lisait son rapport, l'urgence était déclarée et la discussion s'ouvrait le 21 mai. Un assez vaste pétitionnement contre le projet de loi avait été organisé ; la presse républicaine l'attaquait violemment ; il fut énergiquement combattu par Victor Hugo, J. Favre, J. Grévy. Rien n'y fit. Défendu par Montalembert, Thiers et le ministre de l'intérieur Baroche, le projet de loi était voté en son ensemble le 31 mai 1850 par 433 voix contre 241. Le résultat immédiat de la loi était

d'abaisser le chiffre des électeurs de 9.618.057 à 6.809.281. Son résultat indirect sera de permettre au Prince président de se poser devant le pays comme le protecteur du suffrage universel contre les atteintes que lui a portées l'Assemblée.

En effet, le 4 novembre 1851, le gouvernement demandait à l'Assemblée l'abrogation de la loi du 31 mai 1850 (message du Prince président). La commission nommée conclut au rejet de l'abrogation demandée; mais le rapporteur M. Daru laissait entendre qu'une conciliation serait possible. M. de Vatimesnil proposa une transaction qui aurait consisté à appliquer à l'électorat politique la partie de la loi municipale, qu'on allait voter, relative à l'électorat municipal. Mais l'Assemblée refuse d'entrer dans cette voie; par 355 voix contre 348, elle refuse d'abroger ou de modifier la loi de 1850. C'était une victoire qui valait une défaite: car le Prince président allait pouvoir se présenter au pays comme le protecteur du suffrage universel contre l'Assemblée qui le confisquait.

En effet, dans le premier des décrets du 2 décembre 1851, consommant le coup d'Etat, on lit : « L'Assemblée nationale est dissoute. Le suffrage universel est rétabli ». C'était l'abrogation de la loi de 1850. Pendant la période dictatoriale qui s'étend du 2 décembre 1851 au 31 mars 1852, date de l'entrée en application de la constitution de 1852, sont portés les décrets du 2 février 1852, qui forment encore le fonds de notre législation électorale, dont quelques dispositions ont déjà été étudiées (§ 98) et dont les autres seront étudiées plus loin, ainsi que les modifications et les additions qu'ils ont reçues. Le premier de ces décrets a le titre de décret *organique*; il est au nombre de ces décrets portant sur des matières législatives, qui ont été confirmés par l'art. 58, § 2 de la constitution de 1852 et qui ne peuvent être modifiés ou abrogés que par une loi. Le second décret est simplement *réglementaire* et pourrait être modifié ou abrogé par un simple décret.

100. Le suffrage universel à l'étranger. — Le suffrage universel égalitaire et direct que pratique la France depuis 1848 tend à devenir le droit commun électoral de tous les peuples civilisés. Déjà plusieurs pays l'ont inscrit dans leur constitution et le pratiquent depuis d'assez longues années. D'autres ont le suffrage universel à peine atténué par quelques restrictions, comme par exemple le double vote attribué à certains individus. Enfin dans la plupart des pays qui ont encore un suffrage censitaire ou reposant sur un régime de classe, un mouvement, qui nous paraît devoir être irrésistible, se produit vers l'établissement

du suffrage universel sans restriction, par exemple en Prusse, en Saxe, en Autriche et en Hongrie.

Aux Etats-Unis d'Amérique, la plupart des Etats admettent aujourd'hui le suffrage universel. M. Bryce résume ainsi ce qu'on pourrait appeler le droit commun de la législation électorale aux Etats-Unis : « Le suffrage universel pour tout homme majeur a été établi dans presque tous les Etats. Ne sont frappés d'incapacité que les hommes condamnés pour un crime (y compris la corruption et la bigamie) et ceux qui reçoivent les secours accordés par la loi des pauvres. Ces exceptions existent dans presque tous les Etats et dans huit aucun indigent n'a le droit de voter... Il fallait auparavant dans beaucoup d'Etats un certain cens électoral, et il a été exigé, jusqu'en 1888, dans le Rhode-Island où tous les citoyens qui n'étaient pas originaires des Etas-Unis n'étaient électeurs que s'ils possédaient des biens immeubles d'une valeur de 134 dollars ou s'ils payaient un impôt de 1 dollar. Rhode-Island exige encore un cens électoral pour l'élection de certains fonctionnaires financiers. Les constitutions de plusieurs Etats interdisent l'établissement d'un cens électoral. Cinq Etats (Delaware, Pensylvanie, Massachussets, Tennessee et Mississipi) exigent que l'électeur ait payé un impôt dans l'Etat ou dans le comté (le Massachussets et le Tennessee l'appellent *capitation*); mais s'il ne le paie pas, son parti le paie d'ordinaire pour lui, de sorte que cette restriction n'a aucune importance pratique. Le Massachussets exige que l'électeur sache lire la constitution de l'Etat en anglais et écrire son nom (amendement de 1857); le Connecticut, qu'il sache lire n'importe quelle partie de la constitution et des lois et qu'il soit honorable (amendements de 1845 et de 1855...). Le Mississipi ordonne que toute personne qui veut se faire inscrire sur les registres sache lire une partie quelconque de la constitution et la comprenne quand on la lit devant elle et puisse l'interpréter valablement (Const. de 1890). On exige aussi que l'électeur ait résidé pendant un certain temps dans l'Etat et dans le district où il demande à voter; la durée de ce séjour est très variable d'un Etat à l'autre ; elle est généralement très courte ». (Bryce, *La république américaine*, édit. franç., II, 1901, p. 99-101).

Les dispositions des constitutions d'Etats exigeant pour l'électorat certaines conditions de capacité paraissent avoir eu principalement pour objet d'exclure les nègres et de tourner ainsi la prohibition du XVe amendement à la constitution (26 février 1869-30 mars 1870) : « Le droit de suffrage appartenant aux citoyens des Etats-Unis ne pourra être refusé ou restreint ni par les Etats-Unis, ni par aucun Etat pour des motifs tirés de la race, de la couleur ou d'un état de servitude antérieur ». Cf. *Political science quarterly*, 1899, p. 369.

On a vu précédemment que divers Etats, le Wyoming, le Colorado et l'Idaho, comme la Nouvelle-Zélande et l'Australie du Sud,

donnaient aux femmes l'électorat dans les mêmes conditions qu'aux hommes. Cf. § 23.

Les pays nouveaux comme les colonies australiennes et la Nouvelle-Zélande pratiquent le suffrage universel.

Dans la vieille Europe beaucoup de pays ont, depuis d'assez longues années déjà, le suffrage universel à la base de leurs institutions politiques. En Suisse, le suffrage universel est un principe de la constitution fédérale et tous les cantons pratiquent ce mode de suffrage. Dans certains il est assorti de la représentation proportionnelle (cf. § 56). On lit à l'art. 43 de la constitution fédérale du 29 mai 1874 : « Tout citoyen d'un canton est citoyen suisse. Il peut, à ce titre, prendre part, au lieu de son domicile, à toutes les élections et votations en matière fédérale, après avoir dûment justifié de sa qualité d'électeur. Nul ne peut exercer ses droits politiques dans plus d'un canton ». A l'art. 74 : « A droit de prendre part aux élections et aux votations tout Suisse âgé de 20 ans révolus et qui n'est du reste point exclu du droit de citoyen actif par la législation du canton dans lequel il a son domicile. Toutefois la législation fédérale pourra régler d'une manière uniforme l'exercice de ce droit ».

En Grèce, le suffrage universel a été établi par la constitution de 1864, art. 66. « La chambre se compose de députés élus... au suffrage direct, universel et secret... » Les détails du système électoral sont réglés par la loi du 5/17 septembre 1877.

En Espagne, le suffrage universel fut introduit une première fois par la constitution éphémère de 1869 ; il a été supprimé en 1877 ; mais il a été rétabli par la loi du 26 juin 1890.

Aux termes de l'art. 20 § 1 de la constitution de l'empire du 16 avril 1871, le Reichstag de l'empire allemand est nommé au suffrage universel et direct, au scrutin secret. Cette disposition n'est que la reproduction de l'art. 20 de la constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord du 16 avril 1867. Les dispositions de détail se trouvent dans la loi électorale du 31 mai 1869. Cette loi a été, à la suite des traités conclus en 1871 avec les Etats du Sud, indroduite comme loi d'empire dans ces Etats, et introduite en Alsace-Lorraine par la loi du 24 juin 1873. En vertu de ladite loi est électeur pour le Reichstag tout Allemand du sexe masculin qui a atteint l'âge de 25 ans révolus. Dans certains cas, le droit de vote est suspendu, pour les militaires par exemple. Dans d'autres cas, il est perdu, par exemple pour les personnes frappées de certaines condamnations, pour celles mises en faillite ou frappées d'interdiction, pour les personnes qui, à titre d'indigents, reçoivent des secours publics ou communaux. Cf. sur tous ces points Laband, *Droit public*, édit franç., I, 1900, p. 463 et suiv. On doit remarquer qu'à côté de la législation impériale, qui a établi le suffrage universel et direct pour l'élection du Reichstag, beaucoup d'Etats particuliers ont conservé une législation électorale très rétrograde et n'attri-

buent l'électorat que sous des conditions tr's restrictives. Cf. *infra*. La pensée des fondateurs de l'empire allemand a été d'assurer la formation et le maintien de l'unité de l'empire, en associant tous les sujets allemands à la nomination du parlement d'empire, et de rendre ainsi impuissant le maintien du particularisme redouté de la part de certains des Etats confédérés. Comme l'a écrit M. Sorel : « Il n'y a pas beaucoup de moyens de créer une force nationale supérieure et extérieure aux dynasties et aux Etats. L'organisateur de l'empire n'a pas eu le choix. Bon gré mal gré, il a été droit au fond, et il a donné à l'Allemagne d'un seul coup le suffrage universel et un parlement » (Albert Sorel, *La vieille Allemagne et le nouvel empire*, *Le Temps*, 20 avril 1890). Cf. E. Denis, *La fondation de l'empire allemand*, 1906.

La Belgique a le suffrage universel depuis le 25 septembre 1893. Tout citoyen belge, non frappé de déchéance prévue par la loi, est électeur à l'âge de 25 ans accomplis. Mais le suffrage universel est mitigé par le système du vote plural. Un certain nombre de voix en sus sont attribuées aux électeurs réunissant certaines conditions. Le nouvel art. 47 de la constitution belge accorde un vote supplémentaire à raison de chacune des conditions suivantes : 1° être âgé de 35 ans accomplis, être marié ou veuf, ayant descendance légitime et payer à l'Etat au moins 5 fr. de contribution personnelle ; 2° être âgé de 25 ans accomplis et être propriétaire, soit d'immeubles d'une valeur d'au moins 2.000 fr. ou d'au moins 100 fr. de rente au grand livre ou à la caisse d'épargne. Deux votes supplémentaires sont attribués aux citoyens âgés de 25 ans accomplis et se trouvant dans un des cas suivants : 1° être porteur d'un diplôme d'enseignement supérieur ou d'un certificat d'un cours complet d'enseignement du degré supérieur, sans distinction entre les établissements publics ou privés ; 2° remplir ou avoir rempli une fonction publique, occuper ou avoir occupé une position qui implique l'enseignement moyen du degré supérieur. Mais nul ne peut cumuler plus de trois votes. Le vote est déclaré obligatoire (Const., art. 82).

La constitution revisée en 1893 posait le principe. La loi du 12 avril 1894 a réglé les détails du fonctionnement du vote plural et la confection des listes électorales. Il faut rapprocher des lois précitées, la loi du 25 mars 1894 sur l'acquisition de la qualité de Belge, la loi du 28 juin 1894, qui règle le fonctionnement du corps électoral, la loi du 29 juin 1894 sur les élections provinciales et les lois des 11 avril et 12 septembre 1895 sur les élections communales, qui vont jusqu'à attribuer trois voix supplémentaires aux électeurs qui réunissent certaines conditions d'âge et de famille. Toute cette législation a été complétée par la loi du 30 décembre 1899 établissant la représentation proportionnelle (cf. § 55). Cons. Dupriez, *Le suffrage universel en Belgique*, 1904.

L'Angleterre n'a pas encore véritablement le suffrage universel ; mais elle pratique un système qui, résultat d'une série de trans-

formations, équivaut presque au suffrage universel. A la fin du XVIIIe siècle l'irrégularité et la bizarrerie de la représentation à la chambre des communes assuraient la prépondérance politique à l'aristocratie terrienne. Des villes très importantes n'avaient point de représentants à la chambre des communes; de petits bourgs ne comptant que quelques habitants avaient, d'après de vieilles coutumes, le droit de nommer un député. Quelques-uns, ne comptant plus qu'un nombre dérisoire d'électeurs, étaient devenus la chose d'un grand propriétaire qui disposait ainsi de l'élection à son gré. Au commencement du XIXe siècle, 487 membres de la chambre des communes sur 658 étaient nommés virtuellement par les lords et les riches propriétaires terriens. Cons. Boutmy, *Le développement de la société politique en Angleterre*, 1885; L. Dickinson, *Le développement du parlement au XIXe siècle*, édit. franç., 1906, p. 3 et suiv.

Cet état de choses ne pouvait subsister; il reçoit une transformation profonde, dont la cause essentielle est la naissance de la grande industrie moderne. La population de la Grande-Bretagne augmente de 90 pour 100 de 1800 à 1850; des classes nouvelles apparaissent; c'est comme une Angleterre nouvelle, un peuple nouveau qui viennent s'ajouter à l'Angleterre ancienne. Cette transformation économique et sociale si profonde entraînait forcément à sa suite une transformation politique : le monopole politique des propriétaires fonciers devait forcément disparaître et la classe industrielle d'abord, la classe ouvrière ensuite devaient être associées à la puissance politique. Une réforme électorale s'imposait. Elle reçut un commencement d'exécution de l'acte du 23 mars 1832. Voté après une longue série d'incidents, l'acte du 23 mars 1832 contient deux sortes de dispositions, les unes relatives aux collèges électoraux, les autres concernant la qualité d'électeur. Les anciens bourgs perdent 143 sièges qui sont répartis entre les comtés et 42 villes importantes, jusque là privées de représentation. Le nombre des personnes pouvant voter est augmenté dans de notables proportions; ainsi tout chef de famille (*householder*), occupant une maison de 10 livres sterling de revenu, a le droit de voter. Enfin l'acte de 1832 établit des listes électorales régulières.

L'acte de 1832 créait ainsi près de 500.000 électeurs nouveaux. C'était d'ailleurs plus qu'un pas vers l'égalité, plus qu'une conquête de la démocratie. Par l'effet de cet acte, une politique nouvelle entrait au parlement et pénétrait dans les lois et l'aristocratie terrienne allait peu à peu perdre sa prépondérance politique. L'évolution s'est continuée sans interruption jusqu'à nos jours. En 1867 une nouvelle loi électorale, proposée par M. Gladstone, vint augmenter encore le nombre des électeurs. Elle créa ce qu'on appelait la *Borough Franchise*, c'est-à-dire une capacité électorale propre aux habitants des bourgs. La *Borough Franchise* s'applique à trois catégories de citoyens : 1° à tous ceux qui occupent une maison

entière d'un revenu annuel de 10 livres sterling; 2° aux habitants d'une maison imposée à la contribution foncière; 3° à ceux qui occupent depuis une année un appartement (*lodgers*) d'au moins 10 livres sterling de loyer. Le nombre des électeurs se trouvait augmenté de 1 million environ.

Enfin est venue la grande loi du 6 décembre 1884 (*The representation of the people Act*) qui établit presque le suffrage universel. Elle a été votée à la suite de péripéties qui ont remué profondément le pays; et elle n'a pu aboutir que grâce à l'énergie, à la persévérance et au prestige de M. Gladstone. Elle laisse d'ailleurs subsister en partie la législation de 1867. On estime que par l'effet de cette loi de 1884 le nombre total des électeurs pour le Royaume-Uni s'est trouvé porté de 3 millions à 5 millions environ.

En combinant la loi de 1884 avec la loi de 1867, voici comment peut se résumer la législation électorale anglaise actuelle. Pour pouvoir être électeur, il faut être âgé de 21 ans accomplis, être citoyen anglais ou naturalisé, être inscrit sur la liste électorale et n'être frappé d'aucune incapacité. Les femmes n'ont point encore en Angleterre l'électorat politique (cf. § 23). Mais toutes les personnes qu'on vient d'indiquer n'ont pas forcément le droit de suffrage. Pour pouvoir voter, il faut avoir ce que la législation anglaise appelle la *franchise*. On distingue les *franchises générales* et les *franchises spéciales*.

Les *franchises générales* sont les suivantes : 1° *Household franchise :* peut voter toute personne qui, à la date du 15 juillet, habite depuis un an, en qualité de propriétaire ou de locataire, soit une maison entière, soit un logement distinct; — 2° *Occupation franchise :* est électeur tout citoyen qui, à la date du 15 juillet, occupe depuis un an, en qualité de propriétaire ou de locataire, une propriété quelconque, bâtie ou non bâtie, d'un revenu net annuel de 10 livres sterling; — 3° *Lodger franchise :* la loi attribue cette franchise à tout homme qui, comme locataire, a occupé pendant l'année échue le 15 juillet le même logement faisant partie d'une même maison d'habitation. Les juristes anglais ne sont pas tout à fait d'accord sur la différence qui sépare la *householder franchise* et la *lodger franchise*.

Il y a des *franchises spéciales* aux comtés, aux bourgs et aux universités. 1° *Franchise des comtés :* en outre des trois franchises générales, il y a une franchise spéciale aux comtés, celle dite *franchise de propriété* (owership), en vertu de laquelle sont électeurs dans les comtés anglais les propriétaires qui possèdent un bien d'un revenu annuel de 2 livres, de 5 livres ou de 50 livres suivant la nature de la propriété; — 2° *Franchise des bourgs :* dans les bourgs sont maintenus les anciens droits des *freeholders* dont le bien produit un revenu de 2 livres, des bourgeois et des *freemen* et autres droits anciens réservés par la loi de 1832; — 3° *Franchise des universités :* le droit de vote pour les universités d'Oxford,

de Cambridge, de Londres, de Dublin, d'Edimbourg, d'Aberdeen, de Glascow et de Saint-Andrews, appartient aux chanceliers, aux professeurs, aux membres des cours universitaires et aux gradés inscrits sur les registres universitaires.

Avec ce système il arrivera que le même citoyen peut être deux ou plusieurs fois électeur. La création du vote plural n'a pas été le but consciemment poursuivi par le législateur anglais; mais il est la conséquence forcée de ce système électoral complexe, composé en quelque sorte de couches superposées. Ainsi le même citoyen peut avoir la franchise dans un bourg, dans un comté, dans une université. Contrairement à la règle française d'après laquelle on ne peut jamais voter qu'une fois dans la même élection (cf. *infra*, § 101), en Angleterre tout citoyen peut voter dans chacune des circonscriptions dans lesquelles il réunit les conditions nécessaires pour avoir la franchise électorale. Cette règle souffre cependant trois exceptions : nul ne peut voter à raison du même immeuble pour la nomination du député du bourg et pour celle du député du comté où est situé le bourg; nul ne peut voter plusieurs fois dans la même circonscription d'un comté pour l'élection des représentants du comté; enfin il n'est pas permis de voter dans plusieurs divisions d'un même bourg parlementaire. La tradition, en vertu de laquelle les élections parlementaires anglaises n'ont jamais lieu dans le royaume le même jour et s'échelonnent pendant près d'un mois, facilite l'exercice de cette faculté de voter plusieurs fois. — L'acte principal sur les élections proprement dites est la loi du 18 juillet 1872, dont certaines dispositions ont été modifiées. Pour déterminer la règle exacte de la procédure électorale il faut d'ailleurs recourir à 117 actes rendus à diverses époques.

Le 2 mai 1906, M. Lewis Harcourt déposait, au nom du gouvernement, à la chambre des communes un bill interdisant à tout électeur de voter dans plusieurs circonscriptions à la fois au cours d'une même élection législative. Le bill a été voté en 1[re] lecture le 2 mai et en 2[e] lecture le 14 mai 1906.

Cons. *Annuaire législation étrangère*, 1885, p. 69; Franqueville, *Le gouvernement et le parlement britanniques*, II, p. 241 et suiv.; les intéressantes chroniques de M. Jèze sur les élections en Angleterre et la réforme électorale, *Revue du droit public*, 1906, p. 106 et suiv., et p. 557 et suiv.; Hugh Fraser, *The law of parliamentary elections*, 1906; Ward, *The practice at parliamentary elections*, 3[e] édit., 1906.

Dans les pays qui n'ont pas encore le suffrage universel se produisent, au moment même où nous écrivons ces lignes, des mouvements populaires très sérieux tendant à l'établissement du suffrage universel, mouvements sur lesquels voici quelques indications.

En Autriche, jusqu'en 1896 aucune place n'était faite au suffrage personnel et universel, tel que nous le comprenons. Aux termes des lois du 2 avril 1873 et du 4 octobre 1882, la chambre des députés

(*Reichsrath*) se composait de 353 députés, répartis entre quatre collèges distincts ou *curies;* 85 étaient élus par les grands propriétaires fonciers; 11 par les chambres de commerce et d'industrie; 118 par les villes, marchés et lieux industriels; et 129 par les communes rurales. Les lois de l'empire ne déterminent pas directement ceux qui sont appelés à voter dans chacune de ces curies; elles s'en réfèrent en principe aux lois particulières qui, dans chaque pays de l'empire, accordent le droit de vote pour l'assemblée particulière du pays (*Landtag*). La loi du 14 juin 1896 à côté de ce système a fait une place au suffrage universel; elle a maintenu les quatre curies et en a créé une cinquième, qui nomme 72 députés, la curie du suffrage universel. A le droit d'y voter tout citoyen âgé de vingt-quatre ans, à l'exception des indigents recevant des secours sur les fonds de l'Etat ou des communes. Les électeurs qui appartiennent aux quatre premières curies votent aussi dans la curie du suffrage universel. Le suffrage y est en principe à deux degrés. Le suffrage est cependant direct dans certaines villes (Vienne, Prague, Trieste... et dans la Basse-Autriche).

Cette loi de 1896 n'a point donné satisfaction à l'opinion publique. Au mois de novembre 1905, sous l'influence de la révolution russe, les ouvriers autrichiens réclamèrent impérieusement le suffrage universel direct. Il y eut à Vienne et dans plusieurs grandes villes de l'empire des démonstrations violentes; l'Autriche fut menacée d'une grève générale des chemins de fer. Devant ce mouvement le gouvernement promit un projet de loi tendant à modifier le régime électoral en établissant le suffrage universel (*Le Temps*, 30 novembre 1905, exposé à la chambre de M. le ministre Gautsch). Et en effet, le 23 février 1906 le baron Gautsch, ministre-président, a soumis à la chambre des députés le projet de loi sur la réforme électorale, basée sur le principe de l'abolition de tous les privilèges électoraux et l'établissement du suffrage universel et direct, avec la création de circonscriptions électorales uniformes. Cf. *Revue politique et parlement.*, janvier 1906, p. 181; *Le Petit Temps,* 25 février 1906.

En Hongrie, la question du suffrage universel est aussi au premier plan des questions politiques actuelles. L'établissement du suffrage universel a paru au baron Feyervary, premier ministre hongrois, le seul moyen de ramener l'unité dans le royaume de Saint-Etienne, en permettant aux races sacrifiées à la prépondérance des Magyars de faire entendre leur voix et d'avoir une part légitime à la direction des affaires publiques. Le 19 décembre 1905 a été publié le projet de loi tendant à établir le suffrage universel avec scrutin secret et portant que tout sujet hongrois du sexe masculin, âgé de plus de 24 ans et sachant lire et écrire, aura le droit de vote.

Dans les différents Etats allemands existe un suffrage plus ou moins restreint et souvent restreint par des procédés de caractère féodal. Le 7 février 1906, le Reichstag a discuté un projet dû à

l'initiative des socialistes, et tendant à l'introduction dans la constitution impériale d'un article décrétant le suffrage universel, direct et secret, pour tous les Allemands âgés de 20 ans et des deux sexes, dans tous les Etats d'Allemagne, y compris l'Alsace-Lorraine. Le député Bernstein a défendu ce projet en soutenant que l'empire avait le droit d'intervenir dans la législation des Etats fédérés. Le secrétaire d'Etat à l'intérieur, comte Posadowski, a déclaré que le gouvernement s'opposait formellement à l'adoption d'une pareille proposition; il a vivement critiqué le principe même du suffrage universel et déclaré d'autre part que la proposition était en contradiction absolue avec le principe *fédératif* de l'empire allemand. Dans le courant des mois de décembre 1905 et de janvier 1906 des manifestations très sérieuses et très étendues ont eu lieu en Allemagne, particulièrement en Prusse et en Saxe, pour l'obtention du suffrage universel; et le rédacteur du bulletin de l'étranger du journal *Le Temps* écrivait très justement dans le numéro du 12 janvier 1906 : « Qu'il y ait ou non du sang versé, la question du suffrage universel n'en est pas moins posée et la réforme ne saurait être indéfiniment ajournée ». Cf. *Revue politique et parlement.*, 1906, I, p. 174. Le dimanche 18 mars 1906, une manifestation imposante en faveur du suffrage universel avait lieu dans toute la Prusse. En réponse le 21, le gouvernement déposa sur le bureau du Landtag un projet de loi se bornant à remanier quelques circonscriptions et augmentant de 10 le nombre des membres du Landtag. Le projet maintient ainsi le système électoral par classes et soulève de très vives protestations de la part des partis libéraux et de la part des socialistes (*Le Temps*, 23 mars 1906; le *Vorwærts*, 22 mars 1906). Le 2 avril 1906 le Landtag prussien a repoussé par 188 voix contre 81 la proposition des libéraux tendant à l'établissement du suffrage universel.

Le parlement wurtembergeois est saisi d'un projet de revision constitutionnelle en vertu duquel la deuxième chambre deviendra une chambre populaire composée exclusivement de députés élus par le suffrage universel et direct. Cf. Esmein, *Revue politique et parlementaire*, janvier 1906, p. 108.

Le grand duché de Bade, par la loi du 24 août 1904, a adopté le suffrage universel et direct à scrutin secret. La Bavière, par une loi qui va être sanctionnée, opère une revision de son système électoral dans le même sens. Cf. Otto Mayer, *Revue du droit public*, 1906, p. 95.

En Italie, le droit de vote est refusé aux illettrés (*analphabètes*). Par suite du règlement d'après lequel, pour l'inscription sur les listes électorales, on exige un certificat d'études, faute duquel le candidat électeur doit subir un examen devant le juge de paix (*pretore*), un grand nombre d'Italiens sont exclus de l'électorat. L'introduction du suffrage universel porterait le nombre des électeurs de 2 millions à 8 millions. La campagne en faveur du suffrage universel est commencée; et au moment où il allait monter au pou-

voir, M. Sonnino laissait entendre qu'il accepterait de prendre à sa charge la question du suffrage universel. Cf. *Petit Temps*, 1er mars 1906.

En Hollande, la loi électorale entrée en vigueur le 1er janvier 1897 a étendu l'électorat dans de notables proportions, tout en établissant en fait un système censitaire. Cf. *Revue du droit public*, 1895, II, p. 314 et 1896, II, p. 518. Un parti important demande en Hollande l'établissement du suffrage universel.

La Russie elle-même vient d'entrer, malgré des mouvements de réaction qui ne peuvent être que momentanés, dans le grand courant démocratique qui entraîne irrésistiblement tous les peuples civilisés. Déjà dans son manifeste du 6/19 août 1905, l'empereur Nicolas II déclarait que « le temps est venu d'appeler les élus de tout le pays russe à prendre une part constante et active à l'élaboration des lois... »; il ordonnait la convocation d'une *Douma* d'Etat; mais elle ne devait avoir qu'un rôle consultatif. Dans le manifeste de l'empereur Nicolas du 17/30 octobre 1905, on lit : « Nous imposons au gouvernement le devoir de remplir notre volonté inflexible de la manière suivante : 1° Sans suspendre les élections antérieurement ordonnées à la Douma d'Etat, appeler à participer à la Douma, dans la mesure du possible, les classes de la population maintenant complètement privées de droits électoraux, laissant ensuite le développement ultérieur du principe du droit électoral général à l'ordre de choses législatif nouvellement établi ; 2° Établir comme règle inébranlable qu'aucune loi ne puisse prendre vigueur sans l'approbation de la Douma d'Etat... » (*Le Temps*, 1er novembre 1905). Déjà une loi électorale avait été élaborée au mois d'août 1905 par le ministre Bouliguine. Cette loi a été remplacée par une loi élaborée par le ministre Witte et publiée le 14/27 décembre 1905. Cette loi écarte absolument le suffrage direct. Elle n'établit pas le suffrage universel intégralement, mais on peut dire qu'elle s'y achemine. Le droit de suffrage est accordé aux employés de l'Etat, à ceux des *zemstvos* et des services publics. Tout cens de fortune est supprimé pour les autres catégories d'électeurs non paysans et non ouvriers. Pour les ouvriers (qui, dans le projet Bouliguine n'étaient pas représentés du tout), ils voteront à trois degrés suivant une organisation assez compliquée, indiquée par la loi d'une manière un peu obscure, mais qui paraît cependant devoir être la suivante : ils nomment des délégués qui nomment eux-mêmes des électeurs; ceux-ci entreront dans les collèges électoraux, urbains et ruraux chargés de l'élection de la Douma. Pour les paysans, ils votent à trois degrés, suivant le système établi par la loi Bouliguine d'août 1905 et qui n'est pas modifiée sur ce point par la loi de décembre. Ce système paraît, à première vue, créer le suffrage universel indirect. Il n'en est rien cependant, car certaines restrictions sont apportées au droit de vote. Ainsi notamment, si plusieurs personnes habitent ensemble un même domicile, celle-là

seule votera au nom de qui aura été contractée la location du logement. De même, la loi Witte est muette sur le vote des femmes qui avait été cependant très vivement réclamé par certains partis. Cf. *Le Temps*, 29 décembre 1905. La Douma s'est réunie le 10 février 1906 à Pétersbourg. En réponse au discours de l'empereur, elle a voté le 15 mai 1906 une adresse dans laquelle elle demandait énergiquement l'établissement du suffrage universel (*Le Temps*, 17 mai 1906). La Douma a été dissoute par un ukase du 21 juillet 1906, suivi d'un manifeste du lendemain qui annonce qu'une nouvelle Douma sera convoquée le 5 mars 1907. En même temps, la session du conseil d'empire a été suspendue jusqu'à la même date. Cette dissolution a provoqué une protestation publiée à Viborg et signée de 190 députés réunis sous la présidence de M. Mourontsef, président de la Douma (*Le Temps*, nos des 23, 24 et 25 juillet 1906).

Le 21 juillet 1906, le jour même de la dissolution de la Douma, l'empereur de Russie a sanctionné la loi accordant à la Finlande le suffrage universel. La Diète comprendra 200 députés élus tous les deux ans au suffrage universel, direct et proportionnel. Le droit de vote est accordé à tous les citoyens finlandais de l'un et de l'autre sexe, âgés de 24 ans. Tous les électeurs sont éligibles (*Petite Gironde*, 30 juillet 1906).

Le Monténégro, devançant sa grande sœur slave, a procédé le 14/27 novembre aux élections pour l'assemblée nationale. D'après le règlement électoral publié à cet effet, a reçu le droit de voter tout Monténégrin habitant le pays, ayant 21 ans révolus et n'ayant pas été privé de ses droits civiques par une condamnation. Le 3/16 décembre 1906, les députés se sont réunis à Cettigné, et l'assemblée a reçu le 6/19 décembre la nouvelle constitution et le serment du prince. V. le texte de la proclamation du prince annonçant la constitution et le résumé du règlement électoral, *Bulletin société de législation comparée*, 1906, p. 115, et le texte de la constitution, *Revue du droit public*, 1906, p. 215.

La Perse elle-même vient de se donner un parlement élu. Tout sujet persan, mâle, sachant lire et écrire, âgé de 30 à 70 ans, n'étant pas au service de l'Etat et dont le casier judiciaire est indemne, jouit du droit d'électeur. Les élections se feront au suffrage à deux degrés en province et au suffrage direct à Téhéran. V. *Le Temps*, 22 septembre 1906.

101. Exercice de l'électorat. Les listes électorales. — Pour pouvoir exercer l'électorat, il faut une condition essentielle : il faut être inscrit sur la liste électorale d'une commune. Si l'on réunit toutes les conditions exigées par la loi pour être électeur, on a la jouissance de l'électorat, mais on n'en a pas l'exer-

cice. On ne peut voter que dans la commune sur la liste électorale de laquelle on est inscrit. On comprend facilement pourquoi il en est ainsi. L'électorat n'est pas seulement un droit; de bons esprits soutiennent même qu'il n'est pas du tout un droit (cf. § 23). En tous cas, c'est certainement une participation à l'exercice de la puissance publique; c'est une fonction publique ; il faut donc que celui qui prétend exercer cette fonction, importante entre toutes, rapporte la preuve officielle et légale qu'il réunit les conditions nécessaires pour la remplir. Le législateur devait donc organiser cette preuve officielle et légale. Il a décidé très justement qu'elle consisterait dans l'inscription faite, suivant des formalités déterminées, et avec des garanties spéciales d'exactitude et de sincérité, sur des listes officielles dites listes électorales.

Sur la liste électorale de quelle commune doit-on être inscrit? La loi municipale du 5 avril 1884, art. 14 a réalisé à cet égard un changement de législation important.

Le décret organique du 2 février 1852 n'avait établi dans chaque commune qu'une seule liste électorale, sur laquelle se faisaient toutes les élections, les élections politiques, les élections municipales et départementales. En effet la loi du 7 juillet 1852 décida que les élections départementales et municipales seraient faites sur les listes dressées pour les élections au corps législatif. Il en fut ainsi pendant la durée du second empire. La loi du 14 avril 1871, relative aux élections municipales, vint décider que ne seraient électeurs que les citoyens français ayant depuis une année au moins leur domicile réel dans la commune (art. 4), quand, aux termes de l'art. 13 du décret organique du 2 février 1852, devaient être inscrits sur la liste électorale de chaque commune les citoyens habitant dans la commune depuis six mois au moins. La loi du 18 août 1871 a décidé que les élections au conseil général se feraient au suffrage universel, dans chaque commune, sur les listes dressées pour les élections municipales. Enfin la loi du 7 juillet 1874 vint organiser le système des deux listes. Il y a dans chaque commune deux listes électorales, la liste électorale *politique*, sur laquelle se font les élections à la chambre, et la liste électorale *municipale*, sur laquelle se font les élections aux conseils généraux, aux conseils d'arrondissement et aux conseils municipaux. On part de cette idée que les élections aux conseils administratifs touchent particulièrement

aux intérêts locaux, et qu'il est légitime d'exiger de ceux qui participent à ces élections des conditions de domicile plus rigoureuses que de ceux qui participent aux élections politiques qui touchent aux intérêts généraux du pays. Les électeurs des corps administratifs doivent avoir des attaches locales véritables. En vertu de cette idée, la loi du 7 juillet 1874 décidait que sur la liste électorale municipale seraient seuls inscrits : 1° les citoyens qui, nés dans la commune ou y ayant satisfait à la loi du recrutement, n'y ont pas conservé leur résidence, mais sont venus s'y établir de nouveau depuis six mois au moins; 2° ceux qui même n'étant pas nés dans la commune, y sont inscrits depuis un an au rôle d'une des quatre contributions directes ou au rôle des prestations en nature...; 3° ceux qui se sont mariés dans la commune et justifient qu'ils y résident depuis un an au moins ; 4° ceux qui, ne se trouvant pas dans un des cas ci-dessus, demanderont à être inscrits sur la liste électorale et justifieront d'une résidence de deux années dans la commune. Quant à la liste électorale politique sa composition restait régie par la législation antérieure (D. org. 2 février 1852, art. 13 et D. 29 janvier 1871). La loi organique du 30 novembre 1875 sur l'élection des députés décide (art. 1) que les députés seront nommés sur les listes dressées en exécution de la loi du 7 juillet 1874 et sur la liste complémentaire comprenant tous les électeurs résidant dans la commune depuis six mois.

Le système des deux listes électorales, municipale et politique, fut toujours très vivement critiqué. On lui reprochait d'être anti-démocratique; on disait que la loi de 1874 avait été inspirée par des idées réactionnaires et avait eu surtout pour but d'écarter un certain nombre de citoyens des élections municipales et départementales. On ajoutait que ce système des deux listes était une complication tout à fait inutile. C'est pour cela que la loi municipale du 5 avril 1884, art. 14. est venue décider que les électeurs municipaux seraient les mêmes que les électeurs politiques et qu'il n'y aurait plus dans chaque commune qu'une seule liste électorale sur laquelle se feraient toutes les élections politiques et administratives.

L'art. 14 de la loi du 5 avril 1884 contient l'énumération complète des électeurs qui doivent être inscrits sur la liste électorale de la commune. D'après le système établi par ce texte, certains électeurs doivent être inscrits de droit et d'office par l'autorité chargée

de procéder à la revision de la liste électorale (v. *infra*, § 102); d'autres électeurs ne doivent être inscrits que s'ils le demandent; mais s'ils le demandent, l'inscription ne peut leur être refusée.

Electeurs qui sont inscrits de droit et doivent être inscrits d'office sur la liste électorale de la commune. — Ce sont les suivants :

1° Les électeurs qui ont leur domicile réel dans la commune (L. 5 avril 1884, art. 14, n° 1).

La formule est empruntée à la loi du 14 avril 1871, art. 4. On s'est demandé ce que la loi entendait exactement par domicile réel. Il nous semble que la solution la plus juridique est celle qui consiste à dire que le domicile réel est le domicile tel qu'il est déterminé par les art. 102-109 du C. civil. Le domicile ainsi compris peut être distinct de la résidence; il sera souvent le domicile d'origine. Ainsi l'électeur doit être inscrit sur la liste électorale de son domicile d'origine jusqu'à ce qu'il ait acquis un autre domicile. Et l'électeur doit toujours être inscrit sur la liste électorale de la commune où il a son domicile alors même qu'il ait une résidence de six mois dans une autre commune.

2° Tous les citoyens qui habitent dans la commune depuis six mois, et cela alors même qu'ils n'y aient pas leur domicile. C'est la règle de la résidence des six mois posée déjà par l'art. 13 du décret organique du 2 février 1852 (L. 5 avril 1884, art. 14, n° 2).

Le fait de la résidence doit précéder immédiatement l'inscription et cette résidence doit avoir duré pendant six mois au moment de la revision de la liste. Une résidence de six mois ayant eu lieu à une époque antérieure, mais ayant été interrompue, ne donnerait pas droit à l'inscription. Pour déterminer la résidence de six mois, ce n'est pas au moment même où se fait l'inscription qu'il faut se placer, mais au moment de la clôture définitive de la liste (L. 5 avril 1884, art. 14, § 3; rapp. D. org. 2 février 1852, art. 13, § 2). Cf. § 102.

Lorsqu'un électeur est inscrit sur la liste électorale d'une commune à la suite d'une résidence de six mois, il doit être rayé de la liste électorale de la commune où il avait été auparavant inscrit par suite d'une résidence de six mois. Mais il reste inscrit sur la liste électorale de la commune où il a son domicile tant qu'il n'acquiert pas un nouveau domicile. Cf. *supra*, n° 1. Il en résulte qu'il arrivera souvent qu'un même électeur sera inscrit sur deux listes électorales. L'objection a été faite au moment du vote de la loi de 1884; M. Demôle fit observer que cela ne devait pas arrêter le

législateur (séance 4 mars 1884). En effet, l'électeur inscrit deux fois ne peut voter qu'une fois. Le double vote est absolument interdit (D. org. 2 fév. 1852, art. 34 et cf. la fin du §).

Les circonstances de nature à déterminer le caractère de la résidence et sa durée peuvent être en fait très diverses et très nombreuses; et, d'après la jurisprudence de la cour de cassation, une entière liberté d'appréciation appartient ici aux commissions de revision et aux juges de paix.

3° Doivent être inscrits de droit sur la liste électorale d'une commune, sans condition de durée de résidence, ceux qui sont assujettis à une résidence obligatoire dans la commune en qualité de fonctionnaires publics (L. 5 avril 1884, art. 14, n° 4).

Il faut, à notre avis, entendre les mots fonctionnaire public dans le sens que nous leur avons donné précédemment. Cf. §§ 63 et 64. C'est tout individu qui concourt d'une manière normale et permanente au fonctionnement d'un service public de l'Etat, d'un département, d'une commune ou d'un établissement public. La cour de cassation interprète les mots fonctionnaire public dans un sens très large; et la définition que nous en donnons cadre très bien avec sa jurisprudence. Cf. Béquet et Laferrière, *Rép. droit admin.*, v° *Elections*, n° 123. On n'a pas reconnu la qualité de fonctionnaires aux employés des chemins de fer; il ne faudrait pas la reconnaître non plus aux ouvriers travaillant dans des manufactures de l'Etat ne constituant pas des services publics (Sèvres, Gobelins). Il faut, d'autre part, qu'il y ait résidence obligatoire dans la commune, et cette résidence obligatoire dépend des règlements administratifs. Il y a certains fonctionnaires, par exemple des inspecteurs, qui ne sont pas astreints à une résidence dans une commune déterminée. Ils ne pourraient donc bénéficier de la disposition du n° 4 de l'art. 14 de la loi de 1884. Ce que l'on vient de dire fait voir qu'il faut bien se garder de croire que cette disposition ne s'applique qu'aux fonctionnaires inamovibles; elle s'applique à tout fonctionnaire sans distinction; il suffit qu'il soit astreint par les règlements administratifs à résider dans la commune. Cette résidence du fonctionnaire doit exister en fait au moment de la clôture des listes électorales, après la période de revision annuelle de ces listes, conformément à la disposition du § 3 de l'art. 14 de la loi de 1884.

L'art. 14, n° 4, décidait aussi que les ministres des cultes reconnus par l'Etat devaient être inscrits d'office sans condition de résidence sur les listes électorales de la commune où ils exerçaient leur ministère. Bien que cette disposition n'ait pas été expressément abrogée par la loi du 9 décembre 1905, sa non-application est évidemment une conséquence directe de la séparation des églises et de l'Etat; les cultes n'étant plus reconnus par l'Etat, les ministres du culte perdent cette qualité aux yeux de la loi civile; ils sont

de simples citoyens et aucune disposition spéciale ne peut leur être appliquée.

Electeurs qui doivent être inscrits sur la liste électorale d'une commune quand ils en font la demande. — **Ce sont d'abord les électeurs qui sont inscrits au rôle d'une des quatre contributions directes ou au rôle des prestations en nature et qui, ne résidant pas dans la commune, déclarent vouloir y exercer leurs droits électoraux.**

Il suffit d'être inscrit au rôle de l'année pendant laquelle on demande l'inscription sur la liste électorale, et il suffit d'y être inscrit à la veille du jour de la clôture définitive de la liste électorale après la revision annuelle, par application de l'art. 14, § 3. Il faut que l'inscription soit personnelle; ce n'est pas le fait de la possession d'une propriété ou d'une habitation dans une commune, ni même le payement de la contribution qui permet d'être inscrit sur la liste; c'est le fait seul de l'inscription personnelle. A l'inverse, tant que la mutation n'est pas opérée, l'électeur peut rester inscrit sur la liste électorale, alors même qu'il ait cessé d'avoir une propriété, une habitation ou un commerce dans la commune.

Le droit d'inscription sur la liste électorale dans les conditions ainsi indiquées est indépendant de toute condition de domicile ou de résidence et s'applique même à un Français résidant à l'étranger (Cass., 3 avril 1893, S., 1894, I, p. 37).

Il faut que l'électeur demande à être inscrit, déclarant qu'il entend exercer ses droits électoraux dans la commune. Cette déclaration n'est soumise à aucune condition de forme. Il a été jugé que cette déclaration pouvait être faite par une simple lettre adressée au maire (Cass., 28 avril 1879, S., 1880, I, p. 133). Mais la déclaration doit être faite personnellement; on n'admet pas que la demande puisse être faite par des tiers, qui interviendraient pour faire opérer une inscription que l'intéressé ne demande pas. Il y a en ce sens de nombreuses décisions, notamment Cass., 26 et 30 mars 1896, S., 97, I, 412.

Doivent être aussi, sur leur demande, inscrits sur la liste électorale d'une commune, les membres de la famille des électeurs, dont il vient d'être parlé, compris dans la cote de la prestation en nature, alors même qu'ils n'y soient pas personnellement portés (L. 5 avril 1884, art. 14, n° 2, § 2).

En disant « les membres de la famille », la loi a voulu exclure les serviteurs. Cela a été formellement dit au moment du vote de la loi du 7 juillet 1874, art. 5, n° 1, dont la loi de 1884 a reproduit la formule. Il faut rapprocher de l'art. 14, n° 2, § 1 de la loi du 5 avril

1884, l'art. 3, n° 1 de la loi du 21 mai 1836 sur les chemins vicinaux.

Bénéficient aussi de la même faveur, les personnes qui, après avoir été personnellement portées aux rôles des prestations en nature, établissent qu'elles n'en ont été rayées qu'à cause de leur âge ou de leurs infirmités (âge de 60 ans, L. 21 mai 1836, art. 3, n° 1 et L. 5 avril 1884, art. 14, n° 2, § 2). La formule de l'art. 14 de la loi de 1884 n'est pas très exacte ; la formule que nous donnons est celle d'un arrêt de la cour de cassation du 28 avril 1880, D., 1880, I, p. 274 et *Répert. droit admin.*, v° *Elections*, n° 117, note 2. La formule de la loi de 1884 a été empruntée à l'art. 5, n° 2 de la loi du 7 juillet 1874.

Enfin aux termes de l'art. 14, n° 3 de la loi du 5 avril 1884 doivent être inscrits sans condition de résidence ceux qui, en vertu de l'art. 2 du traité du 10 mai 1871 (traité de Francfort avec l'Allemagne), ont opté pour la nationalité française et déclaré fixer leur résidence dans la commune conformément à la loi du 19 juin 1871. Le législateur de 1884 a emprunté sa formule à l'art. 5, n° 5 de la loi du 7 juillet 1874. Les cas d'application de ces dispositions deviennent évidemment de plus en plus rares.

Inscription sur plusieurs listes. — De ces diverses dispositions il résulte qu'on peut être en fait inscrit sur plusieurs listes électorales. Mais on ne peut *provoquer* son inscription sur plusieurs listes. En effet, l'art. 31 du décret organique du 2 février 1852 prévoit et punit d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 100 à 1.000 fr. le fait de la personne qui « aura réclamé et obtenu une inscription sur deux ou plusieurs listes ». Le législateur estime que celui qui provoque ainsi son inscription sur deux ou plusieurs listes veut se procurer le moyen de voter deux fois. Mais celui qui par le jeu normal de la loi se trouve inscrit de droit sur plusieurs listes, par exemple sur la liste de son domicile réel et sur celle de sa résidence, ne se trouve point en contravention. Il ne serait pas davantage en contravention si, ayant été inscrit de droit et d'office sur la liste électorale de son domicile ou de sa résidence, il demandait son inscription sur

la liste électorale d'une commune où il est inscrit aux rôles des contributions directes ou des prestations, parce que dans ce cas il n'a réclamé et obtenu son inscription que sur une liste, puisque c'est de droit et d'office qu'il a été inscrit sur les autres.

L'art. 31 du décret org. du 2 février 1852 punit aussi d'un emprisonnement de un mois à un an et d'une amende de 100 à 1.000 francs toute personne qui se sera fait inscrire sur la liste électorale sous de faux noms ou de fausses qualités ou aura en se faisant inscrire dissimulé une incapacité prévue par la loi. Rap. L. 7 juillet 1874, art. 6 et L. 30 novembre 1875, art. 22, § 2.

On a quelquefois contesté que l'art. 31 du décret org. du 2 février 1852 fût encore en vigueur. La jurisprudence, avec raison à notre avis, en fait une application constante : « Attendu que cet article n'a été abrogé ni par la loi du 7 juillet 1874, ni par celle du 30 novembre 1875, ni par celle du 5 avril 1884, qu'il est donc toujours en vigueur et que la cour de cassation, dans son arrêt du 15 mai 1887, en a affirmé l'existence... » (Trib. Poitiers, 30 mai 1894, S., 95. II. 114 et la note anonyme critiquant à tort, selon nous, cette solution). Cf. pour la jurisprudence sur ce point et sur la question de la demande d'inscription sur plusieurs listes, Delpech, *Revue du droit public*, 1905, p. 628 et suiv.

Vote multiple. — Si le fait d'être inscrit sur deux ou plusieurs listes peut n'avoir rien d'illégal, le fait de voter deux ou plusieurs fois dans la même élection est toujours un fait illégal et puni sévèrement par la loi. « Est puni d'un emprisonnement de six mois à un an et d'une amende de 200 à 2.000 francs tout citoyen qui aura profité d'une inscription multiple pour voter plus d'une fois » (D. org. 2 février 1852, art. 34). Cela est parfaitement logique. Le suffrage en France est non seulement universel et direct, il est encore égalitaire; chacun a une voix, mais chacun n'a qu'une seule voix. Tel est le principe essentiel de notre droit public depuis 1848. Il ne peut donc être permis de violer ce principe primordial en profitant d'une double inscription pour voter deux fois dans la même élection. Le législateur devait frapper de peines sévères quiconque

s'attribuerait ainsi une participation plus grande que celle de ses concitoyens à la puissance politique. V. § 100 les pays qui admettent le vote plural.

La jurisprudence applique avec une extrême sévérité la disposition de l'art. 34 du décret org. de 1852 prohibant et punissant le vote multiple. Il est incontestable que nul ne peut, profitant d'une double nscription, voter le même jour dans deux communes différentes pour une élection politique, une élection départementale ou une élection municipale. Mais que décider dans le cas où l'électeur vote au premier tour de scrutin dans une commune, et au scrutin de ballottage dans une autre commune? A notre avis, il y a double vote parce que les deux tours de scrutin forment une seule opération électorale. La cour de cassation a donné cette solution dans un arrêt du 21 janvier 1897 (S., 97. I. 253). L'arrêt fut rendu après partage et contrairement aux conclusions de M. l'avocat général Puech.

Y a-t-il délit de double vote dans le fait de l'électeur qui, profitant d'une inscription multiple, vote au premier tour dans une commune et au second tour dans une autre commune, quand les élections où il a voté d'abord sont annulées? Il s'agissait, dans 'espèce visée, d'élections municipales. Par un arrêt du 9 juin 1905, la cour de cassation a donné la solution affirmative : « Attendu qu'il importe peu que les opérations de l'une des assemblées auxquelles l'électeur a pris part soient déclarées nulles et considérées comme non avenues, que le délit n'en existe pas moins par cela seul qu'il y a eu deux votes émis dans la même élection ». *Revue générale d'administration,* 1905, III, p. 437. V. la critique de ces deux arrêts, Delpech, *Revue du droit public,* 1905, p. 633 et suiv. On a même décidé qu'un électeur ne pouvait, dans la même année électorale, c'est-à-dire du 31 mars d'une année au 31 mars de l'année suivante, voter successivement dans des communes différentes, appartenant à des circonscriptions électorales différentes, pour des élections du même ordre. Par exemple le fait d'un électeur votant dans la circonscription A pour une élection législative générale et dans le cours de la même année dans la circonscription B pour une élection partielle constitue un vote multiple, parce que l'électeur fait ce qu'il n'aurait pas pu faire s'il n'avait pas été inscrit sur deux listes; or ce que le législateur ne veut pas c'est qu'un électeur puisse profiter d'une inscription multiple pour se procurer un droit électoral qu'il n'aurait pas s'il n'était pas inscrit sur plusieurs listes. Cf. Béquet et Laferrière, *Répert. droit admin.*, v° *Elections*, n° 735.

Il n'en est ainsi que si les deux votes ont lieu dans la même année, parce que la revision des listes électorales ayant lieu chaque année au 31 mars, c'est une nouvelle situation qui commence chaque année à cette date. L'électeur fait en quelque sorte à cette date l'option de la commune où il entend exercer ses droits électo-

raux; et il doit les exercer pendant toute l'année dans la même commune. Mais il faut qu'il s'agisse d'une élection de même ordre; et l'électeur pourrait, sans commettre le délit de double vote, voter pendant la même année électorale, dans une commune pour une élection législative et dans une autre pour une élection départementale ou municipale. Ainsi le conseil d'Etat a décidé qu'il n'y avait pas double vote au sens de l'art. 34 du décret org. du 2 février 1852 dans le fait d'électeurs votant, le 31 juillet 1904, à une élection au conseil général dans une commune (la commune de Langogne) et ayant, au mois de mai précédent, voté dans d'autres communes aux élections municipales (Cons. d'Etat, 10 mars 1905, *Rec.*, 1905, p. 248; rap. cons. d'Etat, 11 mars 1898, *Rec.*, 1898, p. 211 et 4 août 1902, *Rec.*, 1902, p. 623).

On s'est demandé si la bonne foi pouvait faire disparaître le délit de double vote. La cour de cassation a, avec raison selon nous, donné une réponse négative (Cass., 12 août 1881, S., 1881, I, p. 439). L'art. 34 du décret org. de 1852 ne fait aucune distinction, aucune réserve et comme nul n'est censé ignorer la loi, le délit doit exister par le fait même et matériel du double vote opéré volontairement au bénéfice d'une double inscription.

Individus qui ne peuvent pas voter bien qu'ils soient inscrits sur une liste électorale. — En principe, tout individu inscrit sur la liste électorale d'une commune peut voter dans cette commune. Mais cette règle reçoit cependant certaines exceptions.

Ne peuvent pas voter, quoique inscrits sur la liste électorale, les individus qui sont frappés d'une déchéance entraînant la perte de l'électorat. Trois hypothèses sont possibles et prévues par les art. 32 et 33 du décret organique du 2 février 1852 : 1° Un individu est régulièrement inscrit au moment où la liste est arrêtée; il est frappé d'une déchéance avant la revision de la liste qui doit être faite l'année suivante; il ne peut voter quoique inscrit sur la liste, sous peine d'un emprisonnement de quinze jours à trois mois et d'une amende de 20 à 500 francs. 2° Un individu frappé de déchéance est inscrit sur la liste électorale par erreur et sans sa participation; il ne peut voter et s'il vote, il est frappé de la même peine que dans l'hypothèse précédente. 3° Un individu frappé d'une déchéance s'est fait inscrire sur la liste électorale sous de faux noms ou en dissimulant l'incapacité dont il

est frappé; il est puni de peines plus fortes que celles édictées dans les deux hypothèses précédentes; l'emprisonnement est de six mois à deux ans et l'amende de 200 francs à 2.000 francs. La même peine est édictée contre l'individu qui, étant frappé de déchéance et n'étant pas inscrit sur la liste, vote en prenant le nom d'un électeur inscrit (D. org. 2 février 1852, art. 31, 32 et 33). Les contrevenants ne pourraient pas invoquer une excuse tirée de leur bonne foi, car nul n'est censé ignorer la loi. Au plus, pourrait-on excuser l'individu étranger qui vote se croyant Français. En ce sens Cass., 5 août 1875, S., 1875, I, p. 101.

Aux termes de l'art. 18 du décret réglementaire du 2 février 1852, tout électeur inscrit sur la liste électorale a le droit de prendre part au vote; mais l'exercice de ce droit est suspendu pour les détenus, pour les accusés contumaces, et pour les personnes non interdites, mais retenues, en vertu de la loi du 30 juin 1838, dans un établissement d'aliénés. Les personnes judiciairement interdites sont privées de la jouissance même de l'électorat (D. org. 2 février 1852, art. 15, n° 16). Quant aux personnes notoirement démentes, mais qui ne sont ni interdites, ni internées régulièrement, elles peuvent certainement voter, et le bureau électoral ne peut se faire juge de leur état intellectuel pour refuser leur bulletin de vote.

Enfin ne peuvent pas voter, quoique régulièrement inscrits sur la liste électorale, les militaires en activité de service, de l'armée de terre et de l'armée de mer (L. 21 mars 1905, art. 9). Les militaires doivent être inscrits sur la liste électorale comme s'ils n'étaient pas militaires et le temps du service compte comme temps de résidence effective dans la commune qu'ils ont quittée. L. 5 avril 1884, art. 14, § 5; rap. D. org. 2 février 1852, art. 14, § 1. Si le militaire en activité de service ne peut exercer son droit électoral, il en conserve la jouissance. Tel est le principe adopté par les législations modernes en général. On conçoit par-

faitement qu'autant dans l'intérêt de la discipline qu'à raison des influences qui pourraient porter atteinte à la sincérité du vote, les militaires doivent être éloignés des luttes politiques et ne pas prendre part au vote.

La loi du 15 mars 1849 avait admis le vote des militaires. Le décret organique du 2 février 1852, art. 14, § 2 l'interdit. Cependant ils furent admis à voter au plébiscite de 1870 et pour l'élection de l'Assemblée nationale de 1871 (D. 29 janvier 1871). La loi du 27 juillet 1872, art. 5 interdit d'une manière absolue le vote des militaires. L'interdiction est portée aussi dans l'art. 2 de la loi du 30 novembre 1875 et dans l'art. 9 de la loi du 16 juillet 1889 sur le recrutement de l'armée.

Aujourd'hui la règle est formulée par l'art. 9 de la loi du 21 mars 1905 sur le recrutement de l'armée, ainsi conçu : « Les militaires et assimilés de tous grades et de toutes armes des armées de terre et de mer ne prennent part à aucun vote quand ils sont présents à leur corps, à leur poste ou dans l'exercice de leurs fonctions ». Le même texte au § 2 permet à ceux « qui, au moment de l'élection, se trouvent en résidence libre, en non activité ou en possession d'un congé, de voter dans la commune sur les listes de laquelle ils sont régulièrement inscrits ». « Peuvent aussi voter les officiers ou assimilés qui sont en disponibilité ou qui sont dans le cadre de réserve » (L. 21 mars 1905, art. 9). Sont seulement considérées comme congés les permissions qui dépassent 30 jours (D. 27 novembre 1868, art. 2).

Les soldats de la réserve et de l'armée territoriale peuvent évidemment voter tant qu'ils ne sont pas appelés ou mobilisés. Mais pendant les périodes d'appel ils ne peuvent voter que s'ils ont un congé régulier ; un simple permissionnaire ne pourrait voter. On doit donner les mêmes solutions pour les officiers de réserve et de l'armée territoriale. Cependant si un officier de territoriale fait un stage volontaire dans un régiment de l'armée active, il peut voter, car il n'est pas légalement présent au corps ou en activité de service, puisque son corps n'est pas appelé (Avis cons. d'Etat, 6 fév. 1877). Cf. *Répert. droit admin.*, v° *Elections*, n°s 126-128 ; v° *Armée*, n° 224.

Personnes qui peuvent voter quoique non inscrites sur une liste électorale. — Nul ne peut voter s'il n'est inscrit sur une liste électorale. Tel est le principe déjà indiqué et formulé par l'art. 19, § 1 du décret réglementaire du 2 février 1852. Mais ce même texte, au § 2, indique une exception : « Toutefois, sont admis au vote, quoique non inscrits, les citoyens porteurs d'une décision du juge de paix ordonnant leur inscrip-

tion, ou d'un arrêt de la cour de cassation annulant un jugement qui aurait prononcé une radiation. Cf. même décision, L. 5 avril 1884, art. 23, § 2. Il faut supposer, bien entendu, que ces décisions de justice sont intervenues postérieurement à la date de clôture définitive de la liste au moment de la revision annuelle, et qu'elles ont été provoquées par des recours formés dans les délais légaux. L'intéressé n'a alors rien à se reprocher; son droit est reconnu judiciairement et il eût été injuste de l'empêcher de l'exercer; il ne saurait supporter les conséquences d'un retard imputable à l'autorité judiciaire.

102. De la revision des listes électorales. — Les listes électorales doivent être tenues au courant. Et d'autre part, il ne faut pas qu'elles puissent être revisées en vue de chaque élection, car cela permettrait au parti qui est au pouvoir de faire une revision dans un sens favorable à ses candidats. C'est pour répondre à ce double desideratum que le décret organique du 2 février 1852 a posé le double principe de la permanence des listes électorales et de leur revision annuelle. « Les listes électorales sont permanentes. Elles sont l'objet d'une revision annuelle » (art. 18).

C'est la loi du 2 juillet 1828 qui la première a consacré le principe de la permanence des listes électorales. La loi du 15 mars 1849 a réglé le point. Aujourd'hui la revision annuelle des listes électorales est réglementée d'une manière assez compliquée par les deux décrets du 2 février 1852, les lois des 7 juillet 1874, 30 novembre 1875, art. 1, 5 avril 1884, art. 14.

Chaque année, dans les trois premiers mois de l'année, on doit faire une revision de la liste électorale de chaque commune, et pour déterminer ceux qui doivent y être inscrits on doit se placer au 31 mars de l'année, date de clôture définitive de la liste (L. 5 avril 1884, art. 14, § 4). Toutes les élections qui auront lieu dans l'année qui s'écoulera du 31 mars de l'année de la revision au 31 mars de l'année suivante seront faites sur cette liste (D. org. 2 février 1852, art. 25) avec cette réserve cependant, qui n'a pas

besoin d'explication, que ne peuvent pas voter, bien qu'ils soient inscrits sur la liste, les individus qui sont morts ou qui ont été frappés d'une déchéance entraînant perte de l'électorat postérieurement à la clôture définitive de la liste électorale.

Cependant une difficulté s'était présentée, lorsque la date de clôture de la revision avait lieu entre les deux tours de scrutin d'une même élection; on s'était demandé si le scrutin de ballottage aurait lieu sur la nouvelle liste électorale ou sur la liste ancienne, sur laquelle avait eu lieu le premier tour. La question s'étant posée en 1903 pour une élection législative, la loi du 2 avril 1903 a décidé : « Dans les élections législatives, départementales et communales, seuls pourront prendre part au deuxième tour de scrutin les électeurs inscrits sur la liste électorale qui aura servi au premier tour ».

La revision de la liste électorale est faite chaque année dans toutes les communes de France, par une commission dite *commission administrative de revision des listes électorales*. Cette commission est composée du maire président, d'un délégué de l'administration désigné par le préfet et d'un délégué choisi par le conseil municipal. Dans les communes qui sont divisées en sections électorales (sectionnement municipal) la liste est dressée dans chaque section par une commission composée du maire ou adjoint ou d'un conseiller municipal dans l'ordre du tableau, d'un délégué de l'administration désigné par le préfet et d'un délégué choisi par le conseil municipal. A Paris, la liste est dressée dans chaque quartier par une commission composée du maire de l'arrondissement ou d'un adjoint délégué, du conseiller municipal du quartier et d'un électeur désigné par le préfet de la Seine (L. 7 juillet 1874, art. 1 et L. 30 novembre 1875, art. 1, § 3).

Rien n'est indiqué quant à la désignation du délégué de l'administration qui doit être choisi par le préfet, d'où il suit que le préfet a pleine latitude à cet égard, qu'il peut choisir le délégué dans la commune ou hors de la commune, et qu'il peut désigner un même délégué pour plusieurs communes. Quant au délégué choisi par le conseil municipal, il doit être nommé d'après les règles appliquées aux autres nominations faites par les conseils municipaux, notamment celles suivies pour la nomination des maires et relatives au

calcul de la majorité et à la présence des conseillers (Cons. d'Etat, 1er avril 1892).

La commission administrative de revision des listes électorales est, son nom l'indique, une autorité exclusivement administrative; elle remplit des attributions d'ordre purement administratif, et les décisions qu'elle prend n'ont point le caractère juridictionnel.

La cour de Grenoble a jugé que les tribunaux judiciaires ne seraient pas compétents pour connaître d'une action dirigée contre un membre de cette commission pour faits relatifs à ses fonctions (13 février 1880, S., 82, II, 84). Cette solution est évidemment trop absolue : le membre d'une commission administrative de revision des listes électorales est un agent administratif et on doit lui appliquer, tant pour l'étendue de sa responsabilité que pour la compétence des tribunaux chargés de l'apprécier, les règles précédemment exposées sur la responsabilité des agents administratifs en général (cf. *supra*, § 67).

La commission administrative de revision des listes électorales doit, chaque année du 1er au 10 janvier, opérer tous les changements reconnus par elle nécessaires, inscrire tous ceux qui ont acquis dans l'année le droit d'y être inscrits, rayer tous ceux qui, pour une raison quelconque, ne doivent plus y être inscrits (D. régl. 2 février 1852, art. 1). Cet article parle du maire; les lois de 1874 et de 1875 lui ont substitué la commission administrative; mais la mission reste la même. La commission doit inscrire tous les citoyens qui demandent leur inscription conformément aux dispositions de l'art. 14, nos 2 et 3 de la loi du 5 avril 1884 : les électeurs qui doivent être inscrits sur la liste électorale d'une commune quand ils en font la demande; elle doit examiner d'ailleurs si les conditions exigées par l'art. 14 sont remplies.

La commission, si elle estime que ces conditions existent, doit inscrire l'auteur de la demande; elle ne peut point subordonner l'inscription à la preuve rapportée par lui qu'il a été rayé de la liste électorale d'une autre commune où il était précédemment inscrit. Il y a eu quelque hésitation à cet égard; mais cette solution paraît ressortir de la jurisprudence de la cour de cassation (28 mars 1892 et 9 avril 1895, S., 96. I. 95).

Lorsqu'il a été procédé à une inscription, elle devient définitive jusqu'à ce que l'électeur ait manifesté l'intention de ne plus avoir un domicile électoral dans la commune; la commission ne pourrait pas rayer un électeur inscrit sur sa demande et qui n'a pas demandé

sa radiation sous prétexte qu'il a été inscrit sur la liste d'une autre commune.

La commission de revision, pour faire son travail, doit tenir compte de tous les éléments qui s'offrent à elle : demandes, réclamations, renseignements et connaissances personnelles, etc...

La décision de la commission administrative de revision a une grande importance, bien qu'elle ne soit pas définitive. En effet s'il n'y a pas de réclamation elle fixe l'électorat pour toute l'année. Et s'il y a une réclamation elle est présumée exacte jusqu'à preuve du contraire. C'est donc au réclamant à faire la preuve que l'inscription ou la radiation qu'il demande doit être opérée.

La commission administrative doit tenir un registre de toutes les décisions qu'elle prend, et y mentionner les motifs et les pièces à l'appui (D. régl. 2 février 1852, art. 1, § 2). Elle doit en outre dresser un tableau contenant les additions et retranchements faits par elle ; et ce tableau doit être déposé le 15 janvier au plus tard au secrétariat de la commune (*ibid.*, art. 2). Doit être déposée en même temps la liste électorale (L. 7 juillet 1874, art. 2). C'est donc un double dépôt qui doit être opéré en même temps, celui de la liste et celui du tableau rectificatif.

La liste électorale est publique, et le tableau doit être communiqué à tout requérant qui peut le recopier et même le reproduire par voie de l'impression. Avis que le tableau est déposé à la mairie doit être publié par la voie ordinaire, affiché à la mairie, dans les villes inséré dans les journaux. En outre lorsqu'il y a radiation d'office par la commission, l'électeur qui en est l'objet doit être averti par le maire sans frais pour qu'il puisse présenter ses réclamations (L. 7 juillet 1874, art. 4). L'inobservation de cette prescription pourrait entraîner la nullité de la radiation et de l'opération de revision, et même de l'élection faite sur la liste ainsi irrégulièrement revisée.

Il doit être dressé un procès-verbal constatant l'accomplissement des formalités prescrites. Copie de

ce procès-verbal et copie du tableau des rectifications doivent être, le jour même où le dépôt du tableau et de la liste électorale est fait à la mairie, envoyées au sous-préfet de l'arrondissement, qui doit dans les deux jours les transmettre, avec ses observations, au préfet du département (D. régl. 2 février 1852, art. 3).

Recours du préfet. — « Si le préfet estime que les formalités et les délais prescrits par la loi n'ont pas été observés, il devra, dans les deux jours de la réception du tableau, déférer les opérations du maire (aujourd'hui de la commission administrative), au conseil de préfecture du département, qui statuera dans les trois jours et fixera, s'il y a lieu, le délai dans lequel les opérations annulées devront être refaites » (D. régl. 2 février 1852, art. 4).

Il s'agit ici d'un contentieux administratif d'annulation, d'un contentieux objectif. La seule question qui est posée au conseil de préfecture est celle de savoir si les formalités prescrites par la loi ont été observées par la commission administrative, et le conseil de préfecture ne peut que prononcer l'annulation de l'opération ou refuser de la prononcer; il ne peut point ordonner d'inscription ou de radiation. Les formalités, dont l'absence peut être appréciée par le conseil de préfecture et peut entraîner l'annulation de l'opération de revision, sont seulement celles qui doivent être accomplies par la commission administrative et antérieurement au 15 janvier de chaque année. C'est à cette date qu'expirent les pouvoirs propres de la commission administrative. Le recours ne peut être formé que par le préfet et dans les deux jours après réception des tableaux de rectification à la préfecture. Appel est toujours possible contre la décision du conseil de préfecture devant le conseil d'Etat. Il peut être formé par le préfet, au cas où le conseil de préfecture a refusé d'annuler et par le maire, au cas où il aurait annulé l'opération (Cons. d'Etat, 27 décembre 1884 et 20 décembre 1889).

Un électeur n'est pas recevable à former le recours en annulation devant le conseil de préfecture. Mais ne pourrait-il pas attaquer la décision de la commission de revision par le recours pour excès de pouvoir pour inaccomplissement des formalités? On répond en général non, en disant que le recours pour excès de pouvoir étant un recours subsidiaire, il n'y a pas place pour lui ici, puisque l'intéressé a toujours le recours (dont il va être parlé plus loin) pour obtenir une inscription ou une radiation (*Répert. droit adm.*, v° *Elections*, n° 157). La question ne s'est jamais posée devant le conseil d'Etat. Nous ne serions pas étonné que si la question se

posait aujourd'hui, le conseil, qui élargit chaque jour le domaine du recours, en admit dans l'espèce la recevabilité.

Le décret réglementaire de 1852 a prévu le cas où les opérations de revision auraient été régulièrement faites, mais il ne prévoit pas le cas où elles ne seraient pas faites du tout. C'est au préfet qu'il appartient de prendre les mesures nécessaires pour que l'on procède à la revision et à la publication qui n'auraient pas été faites.

Commission municipale de revision des listes électorales. — Après l'accomplissement des opérations que l'on vient d'indiquer, au 15 janvier au plus tard, s'achève le rôle de la commission *administrative* de revision, et commence celui de la commission *municipale.* Dans le délai de vingt jours, à partir du jour de la publication de la liste électorale et du tableau rectificatif, les réclamations tendant à l'inscription ou à la radiation d'électeurs peuvent être formées (L. 7 juillet 1874, art. 2, § 2; D. org. 2 février 1852, art. 19, §§ 1 et 2, et D. régl. 2 février 1852, art. 5, mod. par D. 13 janvier 1866). Par qui peuvent-elles être formées ?

La demande en inscription peut être d'abord formée évidemment par l'électeur qui se prétend indûment omis. Cela ne présente aucune difficulté. La demande de radiation peut être formée par l'électeur qui se prétend indûment inscrit. Cela peut avoir lieu quand l'électeur inscrit dans une autre commune tient pour une raison quelconque à n'être inscrit que sur une seule liste (D. org. 2 février 1852, art. 19, § 1).

Mais la demande d'inscription ou de radiation peut être formée par un électeur quelconque inscrit sur une liste électorale d'une commune comprise dans la circonscription électorale politique. L'art. 19, §§ 1 et 2 du décret organique du 2 février 1852 porte en effet ceci : « Lors de la revision annuelle, tout citoyen omis sur la liste pourra présenter sa réclamation à la mairie. Tout électeur inscrit sur l'une des listes de la circonscription électorale pourra réclamer la radiation ou l'inscription d'un individu omis ou indûment inscrit ».

La loi du 7 juillet 1874, art. 5, n° 4, § 2, ne parle que des élec-

teurs inscrits sur la liste; mais la loi de 1874 ne visait que les élections municipales, et il est incontesté et incontestable que depuis l'unification des listes (L. 5 avril 1884, art. 14) la disposition de l'art. 19, § 2 du D. organique du 2 février 1852 s'applique sans restriction.

La circonscription électorale est aujourd'hui l'arrondissement administratif, et pour les arrondissements qui nomment plusieurs députés, celle des circonscriptions de l'arrondissement dans laquelle est située la commune dont la liste électorale donne lieu à réclamation.

La raison, pour laquelle le législateur a autorisé tout électeur inscrit sur une des listes de la circonscription à former une réclamation, apparaît clairement : la régularité des listes électorales touche au premier chef à l'intérêt collectif; ce n'est pas dans l'intérêt de tel ou tel électeur que la loi accorde l'électorat, c'est dans l'intérêt du pays tout entier; il ne peut donc appartenir au seul individu omis ou indûment inscrit de faire une réclamation ; il faut que tout citoyen puisse saisir la juridiction pour assurer l'application exacte de la loi. Il y a là une sorte d'action populaire qu'on ne pouvait donner à tous les électeurs français; le législateur a sagement agi en donnant le recours à tout électeur de la circonscription.

Ce droit de tout électeur de la circonscription de former une réclamation fait apparaître nettement le caractère de l'électorat. On voit par là que l'électorat n'est pas un droit subjectif, ou du moins qu'il n'est pas seulement un droit subjectif, qu'il est aussi un pouvoir objectif, une fonction publique. Cf. *supra*, § 25. Cela fait aussi apercevoir le vrai caractère du contentieux qui va naître des réclamations tendant à l'inscription ou à la radiation d'un individu. Ce n'est point un contentieux *subjectif*, mais véritablement un contentieux *objectif*. Cf. *supra*, § 46.

Il est bien entendu que les réclamations faites par un tiers et tendant à l'inscription d'un électeur ne peuvent viser que ceux qui doivent être inscrits d'office sur la liste électorale et non pas ceux qui ne peuvent être inscrits que s'ils le demandent.

Les réclamations peuvent être aussi formées par le préfet et le sous-préfet (D. org. 2 février 1852, art. 19, § 3). Les maires ne peuvent point formuler une récla-

mation. Ce droit du préfet et du sous-préfet s'explique par les mêmes raisons que celui des électeurs de la circonscription et conduit aux mêmes conséquences. L'électorat est une fonction; il faut que les représentants du pouvoir désignés par la loi puissent intervenir pour que cette fonction ne soit remplie que par ceux qui réunissent les conditions exigées par la loi et puisse l'être par tous ceux qui les réunissent. Le préfet et le sous-préfet doivent former leur réclamation dans le même délai de vingt jours.

Les réclamations doivent être inscrites par ordre de date sur un registre ouvert à cet effet à la mairie (D. org. 2 février 1852, art. 19, § 4). Il doit y avoir des registres différents s'il y a plusieurs sections ou cantons (Circ. ministre intérieur 30 décembre 1875). Le maire doit donner récépissé de la réclamation. Celui dont l'inscription est contestée doit en être averti sans frais par le maire et peut présenter ses observations (D. org. 2 février 1852, art. 19, § 5, et L. 7 juillet 1874, art. 4, § 1).

Les réclamations sont jugées par *la commission municipale de revision*. C'est la commission administrative à laquelle sont adjoints deux autres délégués du conseil municipal, d'où son nom de commission municipale (L. 7 juillet 1874, art. 2, § 2 et L. 30 novembre 1874, art. 1, § 2). Dans le cas où il y a plusieurs sections électorales dans la commune, il faut constituer autant de commissions que de sections. A Paris, on adjoint deux électeurs domiciliés dans le quartier et nommés avant toute revision par la première commission (L. 7 juillet 1874, art. 2, § 3).

La commission municipale est une véritable juridiction et a tous les pouvoirs d'une juridiction. Mais elle exerce une juridiction purement objective. Elle ne statue pas sur une question de droit subjectif; elle statue sur la question de savoir si les conditions exigées par la loi pour qu'on puisse ou non être régulièrement inscrit sur la liste électorale d'une commune sont remplies. Elle ne prononce pas de condamnation; elle ordonne la radiation ou l'inscription. Elle peut être saisie, on l'a dit, non seulement par l'indi-

vidu directement intéressé, mais par un électeur quelconque de la circonscription ou par un représentant de l'autorité supérieure, le préfet ou le sous-préfet. D'autre part, on le verra plus loin, l'appel peut être formé par tout électeur et par le préfet, alors même qu'ils n'aient pas été parties devant la commission municipale (D. org. 2 février 1852, art. 22). Enfin la décision de la commission municipale a une portée générale; elle est opposable à tous et il ne saurait être question ici du caractère relatif de l'autorité de la chose jugée. Sur la portée générale de la décision rendue sur les réclamations d'un tiers électeur, cf. Cass., 12 déc. 1904, *Revue générale d'admin.*, 1905, I, p. 297. Ce sont précisément tous les caractères du contentieux objectif. Cf. *supra*, § 46. Tout cela serait absolument inexplicable si l'on considérait la décision de la commission de jugement comme un acte de juridiction subjective.

On s'est demandé si la commission municipale, qui est certainement une juridiction, est une juridiction de l'ordre judiciaire ou une juridiction administrative. La raison de douter vient évidemment de ce qu'elle se compose d'un fonctionnaire qui a avant tout un caractère administratif, le maire, et de délégués d'une autorité administrative, le préfet, et d'un conseil administratif, le conseil municipal. Mais son caractère judiciaire apparaît comme certain si l'on remarque que l'appel de sa décision est porté devant le juge de paix, qui est incontestablement une juridiction judiciaire et que la décision du juge de paix est susceptible d'un recours en cassation (D. org. 2 février 1852, art. 22 et 23). Ainsi les décisions de la commission municipale peuvent être finalement soumises à la censure de la cour de cassation, et par suite il est impossible de nier son caractère judiciaire. Cf. Jacquelin, *Contentieux administratif*, 1899.

La question s'est posée devant la cour d'Alger à propos du point de savoir si les membres d'une *commission municipale de revision* pouvaient être *pris à partie*. Par un arrêt qui semble au premier abord contenir une contradiction, la cour d'Alger décide que la commission municipale n'a pas le caractère d'une juridiction administrative, mais que ses membres, bien qu'investis temporairemen d'une fonction judiciaire, ne peuvent pas être considérés comme des juges et ne peuvent pas être *pris à partie*. La cour reconnaissait la compétence des tribunaux judiciaires pour juger la responsabilité. Dans une note, M. Ferron fait ressortir la contradiction apparente. Mais nous ne saurions accepter aucune des solutions qu'il propose; nous ne pouvons admettre ni que la commission municipale ne soit pas une juridiction, ni qu'elle soit une juridiction administrative. V. l'arrêt de la cour d'Alger, 27 février 1901 et la note de M. Ferron, S., 1904, II, p. 17. Le caractère de juridiction judiciaire de la commission municipale vient d'être reconnu par le tribunal des conflits : il s'agissait d'une action en responsabilité formée par un électeur contre les membres d'une commission

municipale pour préjudice causé par sa radiation et portée devant le tribunal civil de Pamiers. Le tribunal des conflits a annulé l'arrêté de conflit pris par le préfet de l'Ariège : « Considérant que dans l'exercice de la mission à laquelle ils se trouvent appelés, les membres de la commission municipale de jugement n'accomplissent aucun acte administratif, qu'ils exercent au contraire *dans l'ordre judiciaire*, en vertu d'une délégation temporaire, une véritable fonction juridictionnelle du premier degré, qu'il suit de là que les faits reprochés aux membres de ladite commission ne pouvaient être déférés qu'à l'autorité judiciaire... » (Tribunal des conflits, 22 juillet 1905, *Revue générale d'admin.*, décembre 1905, p. 431, *Revue du droit public*, 1905, p. 758 et *Rec.*, p. 660).

La commission municipale étant une juridiction ne peut jamais statuer d'office; il faut qu'elle soit saisie et elle ne peut statuer que sur les questions à elle soumises. Aucune forme spéciale n'est prescrite; elle est présidée par le maire ou par celui qui le remplace; elle doit entendre les parties qui se présentent puisque, on l'a vu, la loi a ordonné que, dans certains cas, notification soit faite. Elle ne peut valablement délibérer que si les cinq membres qui la composent sont présents. Aucun délai ne lui est imparti pour statuer. Il y a peut-être là une lacune de la loi. Les décisions doivent être motivées et consignées sur un registre par ordre de date (conséquence de l'art. 1 du D. régl. du 2 février 1852).

De l'appel devant le juge de paix. — Les décisions de la commission municipale de jugement doivent être notifiées aux parties intéressées par écrit et à domicile, dans les trois jours, par les soins de l'administration municipale (L. 7 juillet 1874, art. 4, § 2 et L. 30 novembre 1875, art. 1, § 2). Un simple avis par lettre suffit; mais pour éviter des contestations, les circulaires ministérielles recommandent d'exiger un récépissé. On doit entendre l'expression « parties intéressées » dans un sens large; ce sont, outre les personnes qui ont figuré à l'instance, les électeurs contestés, alors même qu'ils n'aient pas figuré à l'instance.

De plus, une circulaire ministérielle a prescrit aux

municipalités de rendre publiques les décisions des commissions. Le tableau résumant les décisions prises devra être publié le 10 février (*Répert. droit admin.*, vº *Elections*, nº 181).

Aux termes de l'art. 21 du décret organique du 2 février 1852, « les parties peuvent interjeter appel dans les cinq jours de la notification »; et l'art. 3 de la loi du 7 juillet 1874 consacre aussi ce droit d'appel. Il doit être formé dans les cinq jours de la notification, c'est-à-dire au plus tard le cinquième jour à partir de la notification. Ce délai peut être augmenté pour certaines personnes, comme il sera expliqué plus loin. L'appel est porté devant le juge de paix du canton. Il est formé par simple déclaration au greffe (D. org. 2 février 1852, art. 2; L. 7 juillet 1874, art. 3). Cette déclaration peut être faite par mandataire; on admet même que le mandat peut être verbal. L'appelant peut joindre à sa déclaration les pièces sur lesquelles il appuie son appel. En tous cas, il devra les produire devant le juge de paix.

Qui peut faire appel? La loi dit « les parties intéressées » (D. org. 2 février 1852, art. 21). La jurisprudence interprète cette disposition dans un sens très large. D'abord ce sont évidemment les parties qui ont figuré à l'instance devant la commission municipale; puis incontestablement l'électeur intéressé, par exemple celui dont la commission municipale a ordonné la radiation, alors même qu'il n'ait pas figuré à l'instance devant la commission municipale; on a vu plus haut que la décision de la commission municipale doit lui être notifiée (L. 7 juillet 1874, art. 4, § 1).

Ce sont encore tous les électeurs inscrits sur la liste électorale de la circonscription, alors même qu'ils n'aient pas été parties à l'instance devant la commission municipale. Aujourd'hui la jurisprudence est définitivement fixée en ce sens. Bien que cela ne soit pas dit expressément par la loi, la cour de cassation a tiré la conséquence logique du caractère objectif de

ce contentieux : l'électeur inscrit agit pour assurer l'exacte application de la loi; il peut agir en appel, même s'il n'a pas agi en première instance. La cour de cassation décide aussi que, comme notification de la décision de la commission municipale n'est pas faite à l'électeur inscrit non partie devant elle, celui-ci n'est pas astreint à former appel dans le délai de cinq jours, mais a un délai de vingt jours (le délai de vingt jours établi par l'art. 2, § 2 de la loi du 7 juillet 1874) pour les réclamations contre les décisions de la commission administrative; ce délai de vingt jours part du jour de la décision de la commission. L'appel peut être formé aussi par le préfet ou le sous-préfet. S'ils n'ont pas été parties à l'instance devant la commission municipale, ils peuvent former eux aussi appel dans le délai de vingt jours à partir de la décision. En toute cette matière, la cour de cassation a fait œuvre prétorienne; nous ne la critiquons point, bien au contraire; elle n'a fait que tirer les conséquences logiques de la vraie nature du contentieux dont s'agit, et toutes les solutions qu'elle donne ont pour but l'exacte application de la loi électorale.

Le juge de paix saisi doit statuer dans les dix jours. Mais auparavant il doit donner, trois jours avant l'audience où il statuera, un avertissement à toutes les parties intéressées (D. org. 2 février 1852, art. 22, § 1). Cet avertissement constitue une formalité essentielle dont l'inaccomplissement entraînerait nullité de la sentence. La sentence doit porter mention de cet avertissement. Les parties intéressées auxquelles avertissement doit être donné sont d'abord ceux qui ont fait appel, et tous ceux qui ont été parties à l'instance devant la commission municipale; c'est aussi celui dont l'inscription est en jeu, alors même qu'il n'ait pas été partie à l'instance devant la commission municipale, et, à notre avis, cet avertissement doit lui être adressé non seulement quand on demande sa radiation, mais aussi quand on demande son inscription. Cepen-

dant, d'après la jurisprudence, l'avertissement n'est pas nécessaire dans ce dernier cas.

Le délai de dix jours s'impose au juge de paix. Il doit statuer sans frais ni forme de procédure (D. org. 2 février 1852, art. 22, § 1).

Le juge de paix est juge d'appel ; il a par conséquent tous les pouvoirs du juge d'appel, mais il n'a que ceux-là. S'il annule pour vice de forme la décision de la commission municipale, il doit évoquer. Mais il ne peut statuer sur la question d'inscription que si la commission municipale, juridiction de premier ressort, a statué.

Les parties n'ont pas besoin de comparaître en personne, ni même de se faire représenter. Elles peuvent envoyer des observations écrites, comme aussi elles peuvent venir présenter des observations orales (conséquence de l'art. 22, § 1).

S'il se présente, comme cela peut arriver fréquemment, une question d'état, le juge de paix ne peut pas statuer ; la question d'état forme une question préjudicielle, et le juge de paix doit surseoir jusqu'à ce qu'il ait été statué par le tribunal compétent. Le tribunal compétent est ici le tribunal civil d'arrondissement (C. civ., art. 326 et C. proc., art. 855-858). « Il renverra préalablement, dit le décret organique, les parties à se pourvoir devant les juges compétents et fixera un bref délai dans lequel la partie qui aura élevé la question préjudicielle devra justifier de ses diligences » (art. 22, §§ 2 et 3). L'art. 22 ne prévoit que la question préjudicielle d'état ; mais il est incontestable que, s'il s'élevait une question de validité d'un acte administratif, il y aurait là aussi une question préjudicielle, et le juge de paix devrait surseoir jusqu'à ce que le tribunal administratif compétent ait lui-même statué.

Il est toutefois de jurisprudence constante que le juge de paix, comme d'ailleurs toute juridiction devant laquelle est soulevée une question préjudicielle, ne doit surseoir à statuer que lorsque la question paraît présenter une difficulté sérieuse. C'est au juge de paix d'apprécier, suivant les circonstances et la nature de la difficulté, s'il peut statuer immédiatement. La jurisprudence de la cour de cassation est absolument ferme sur ce point. Elle a décidé notamment, tirant argument de l'art. 182 du code forestier, que « le juge de paix a pu, sans excéder les limites de sa compétence, déclarer que l'exception soulevée par l'appelant n'était pas sérieuse et refuser de surseoir au jugement sur le fond » (Cass., 25 avril 1877, *Rép. droit admin.*, v° *Elections*, n° 199, p. 101, note 4. Rap. Cass., 20 novembre 1894, S., 95. I. 142).

Tout ce qui a été dit sur la nature de la juridiction de la commission municipale s'applique à la juridiction du juge de paix. Il exerce une juridiction objective (cf. § 46); il ne prononce pas de condamnation; il décide seulement si suivant la loi électorale tel individu doit être inscrit ou non sur une liste électorale. Sa décision a une portée générale (Cass., 12 décembre 1904, *Revue générale d'adm.*, mars 19 5, p. 297).

Des voies de recours. — La décision du juge de paix, ordonnant inscription ou radiation est rendue en dernier ressort. Mais elle peut être déférée à la cour de cassation (D. org. 2 février 1852, art. 23, § 2).

La décision du juge de paix doit être signifiée à l'adversaire au procès s'il y en a. Aux autorités, préfet, maire, chargées d'assurer l'exécution de la décision, c'est le juge de paix lui-même qui doit faire la notification. D'après l'art. 6 du décret réglementaire du 2 février 1852, « le juge de paix donnera avis des infirmations par lui prononcées au préfet et au maire dans les trois jours de la décision ».

La loi ne parle que du recours en cassation; mais il n'est pas douteux que la voie de l'opposition est ouverte contre les décisions par défaut. Il y a décision par défaut lorsque l'une des parties appelées à comparaître ne s'est pas présentée ou n'a pas fait parvenir de défense. Il n'y a pas lieu de distinguer ici le défaut *congé* et le défaut proprement dit (Cass., 22 mai 1882. *Rép. droit adm.*, v° *Elections*, n° 205, p. 463, note 3).

On doit appliquer l'art. 20 du code de procédure civile d'après lequel l'opposition doit être faite dans les trois jours à partir de la notification de la décision. La voie de l'opposition est seule ouverte aux parties défaillantes, toutes les fois qu'elle est recevable. Celles-ci ne pourraient pas former un recours en cassation tant que le délai pour former opposition n'est pas expiré (Cass., 21 décembre et 29 mars 1881, *Rép. droit adm., ibid.*, n° 207, p. 463, note 2).

Le pourvoi en cassation consacré par l'art. 23, § 1 du décret organique du 2 février 1852 doit être formé dans les 10 jours de la notification. Mais ce point de départ ne peut être pris lorsqu'il n'y a pas lieu à notification, comme par exemple lorsque l'auteur du pourvoi seul était partie au procès; le délai de 10 jours part alors du jour de la sentence du juge de paix (D. organ., art. 23, § 2). Le recours en cassation ne peut

être formé que par ceux-là seuls qui ont été parties à l'instance devant le juge de paix.

A la différence de ce qu'elle décide pour l'appel, la cour de cassation ne reconnaît pas le droit de former le pourvoi aux électeurs de la circonscription qui n'ont pas été parties à l'instance devant le juge de paix. On ne voit pas bien la raison de cette différence. Si le caractère du contentieux implique le droit pour un électeur non partie à l'instance devant la commission municipale d'interjeter appel, il doit impliquer aussi le droit, pour un électeur non partie à l'instance devant le juge de paix, de former le pourvoi en cassation. Cependant la jurisprudence est constante dans le sens indiqué. Cf. notamment, Cass., 20 mai 1890, S., 92, I, p. 277. Le préfet et le sous-préfet eux-mêmes ne peuvent former le recours en cassation que s'ils ont été parties à l'instance devant le juge de paix.

Cependant le recours en cassation est exceptionnellement recevable de la part de ceux qui n'ont pas été dénommés à la décision, d'une manière générale, dans tous les cas où les formalités n'ont pas été observées, les parties intéressées n'ayant pas été dûment appelées, notamment au cas où il s'agit de la radiation d'un électeur qui n'aurait pas été prévenu conformément à l'art. 19 § 4 du décret organique et à l'art. 4 § 1 de la loi du 7 juillet 1874. Cette décision s'explique par une raison d'équité évidente.

Le pourvoi n'est pas suspensif (D. org. 2 février 1852, art. 23, § 3). En conséquence, les inscriptions et les radiations ordonnées doivent être opérées malgré le pourvoi en cassation.

Le pourvoi est formé par une requête déposée au greffe de la justice de paix qui doit transmettre sans frais au greffier de la cour de cassation les pièces et mémoires fournis par les parties (D. org. 2 février 1852, art. 23, § 5).

La jurisprudence admet que la requête pourrait être adressée directement à la cour de cassation, le délai de dix jours étant observé. La requête doit être motivée ou suivie d'un mémoire contenant les moyens. Le pourvoi doit être dénoncé aux défendeurs dans les dix jours qui suivent le jour où il est formé : on entend par défendeurs tous ceux qui ont été parties à l'instance devant le juge de paix. La dénonciation doit être faite aussi à l'électeur intéressé, alors même qu'il n'a pas été partie à l'instance, au moins si le pourvoi en cassation tend à sa radiation. La dénonciation doit être signifiée par voie d'huissier.

L'art. 1, § 5 de la loi du 30 novembre 1875, modifiant l'art. 23, § 6 du décret organique qui attribuait

la connaissance des pourvois à la chambre des requêtes, décide que les pourvois en matière électorale seront jugés directement par la chambre civile qui doit statuer d'urgence. Les parties sont dispensées du ministère d'un avocat à la cour de cassation. Le jugement a lieu sans frais ni consignation d'amende (D. org. 2 février 1852, art. 23, § 4).

La cour de cassation ne peut statuer que sur les moyens soulevés. Il faut en outre que les moyens aient été invoqués devant le juge de paix, à moins qu'il ne s'agisse de vices de forme ou de moyens touchant à l'ordre public (Cass., 14 juin 1895, S., 96. I, p. 415). Il est bien entendu que la cour de cassation ne peut statuer que sur des moyens tirés de la violation de la loi; elle n'est pas juge des questions de fait qui sont souverainement appréciées par le juge de paix.

Les arrêts de la cour de cassation produisent leurs effets d'une manière absolue aussi bien à l'égard des parties contre lesquelles le pourvoi est dirigé que contre celles qui ne figurent pas à l'instance devant la cour de cassation. C'est encore une conséquence du caractère objectif du contentieux (Cass., 21 juin 1880, S., 81. I, p. 427).

Dans le cas où la décision du juge de paix est cassée par la cour de cassation, on applique le droit commun de la loi du 27 ventôse an VIII; l'affaire est renvoyée entière devant le juge de paix du canton le plus voisin. On peut même produire des pièces nouvelles; mais on ne peut modifier la demande primitive ou former une demande nouvelle. Une expédition de l'arrêt est délivrée gratis à la partie et une autre est envoyée au greffe de la justice de paix de renvoi.

Il faut noter l'art. 24 du décret organique du 2 février 1852 : « Tous les actes judiciaires sont en matière électorale dispensés du timbre et enregistrés gratis. Les extraits des actes de naissance nécessaires pour établir l'âge des électeurs sont délivrés gratuitement sur papier libre à tout réclamant. Ils portent en tête de leur texte l'indication de leur destination spéciale et ne peuvent servir à aucune autre ».

Clôture de la liste. — La loi a fixé un délai pendant lequel toutes les réclamations peuvent se produire et pendant lequel tous les changements doivent être opé-

rés suivant les règles que l'on vient d'expliquer. Ce délai expire le 31 mars de chaque année. C'est à cette date que se place ce qu'on appelle la *clôture de la liste*. L'art. 7, § 1 du décret réglementaire du 2 février 1852 porte en effet : « Le 31 mars de chaque année, le maire opère toutes les rectifications régulièrement ordonnées, transmet au préfet le tableau de ces rectifications et arrête définitivement la liste électorale de la commune ». C'est là une formalité importante qui met fin à l'opération de revision de la liste électorale.

Publicité de la liste. — La liste électorale ainsi établie doit être publique; il faut que tout électeur puisse en prendre connaissance. Cette publicité est une garantie essentielle de la sincérité de la liste électorale et par suite des opérations électorales.

Voici les dispositions qui assurent cette publicité. L'art. 7, § 2 du décret réglementaire du 2 février 1852 porte : « La minute de la liste électorale reste déposée au secrétariat de la commune; le tableau rectificatif transmis au préfet reste déposé, avec la copie de la liste électorale, au secrétariat général du département. Communication en doit toujours être donnée aux citoyens qui la demandent ». L'art. 4, §§ 3 et 4 de la loi du 7 juillet 1874, confirmé par l'art. 1, § 2 de la loi du 30 novembre 1875, porte : « Les listes électorales seront réunies en un registre et conservées dans les archives de la commune. Tout électeur pourra prendre communication et copie de la liste électorale ». Le refus du maire ou du préfet de laisser prendre communication ou copie des listes électorales constituerait un excès de pouvoir (Cons. d'Etat, 19 juin 1863).

Fixité des listes électorales. — La liste électorale ainsi établie le 31 mars va rester en principe fixe pendant toute l'année; et toutes les élections qui seront faites jusqu'au 31 mars de l'année suivante seront faites sur cette liste. « L'élection est faite sur la liste revisée pendant toute l'année qui suit la clôture de la liste » (D. org. 2 février 1852, art. 25). « La liste électorale reste jusqu'au 31 mars de l'année suivante telle qu'elle a été arrêtée... » (D. régl. 2 février 1852, art. 8).

Cependant cette règle subit deux exceptions qui se justifient d'elles-mêmes.

1° Même après le 31 mars le maire doit opérer sur la liste électorale les inscriptions ou les radiations qui sont ordonnées après cette date par une décision de justice, à la condition que ces décisions soient rendues sur des réclamations formées dans les délais légaux indiqués précédemment (D. régl. 2 février 1852, art. 8).

2° Le maire doit d'office rayer de la liste électorale, dans le courant de l'année, tous les citoyens décédés, et tous ceux qui sont frappés d'une déchéance entraînant la perte des droits électoraux et résultant d'une décision judiciaire ayant force de chose jugée (D. régl. 2 février 1852, art. 8). Les rectifications dont il s'agit font l'objet d'un tableau qui doit être dressé par le maire et publié cinq jours avant la réunion des électeurs. Cette prescription est rappelée dans l'acte de convocation des électeurs. Le maire, au contraire, ne doit point inscrire ceux qui dans le courant de l'année voient cesser les déchéances dont ils étaient frappés.

103. Des opérations électorales. — La manière de procéder aux élections qui ont lieu au suffrage universel est déterminée principalement par le décret réglementaire du 2 février 1852, par certaines dispositions éparses dans les lois et règlements, et aussi par l'usage. Elle est, sauf quelques différences partielles, la même pour les élections politiques (chambre des députés) et les élections administratives (conseils généraux, d'arrondissement et municipaux). On indiquera seulement les règles principales.

Convocation des électeurs. — Elle est faite par un décret du gouvernement, dans des conditions de délai qui varient suivant les différentes espèces d'élections. On applique l'art. 1 du décret organique du 2 février 1852 : « Les collèges électoraux sont convoqués par un décret du pouvoir exécutif ». Pour les délais dans lesquels doit être faite la convocation des collèges électoraux pour l'élection des députés, cf. § 106. Signalons seulement ici qu'un délai de vingt jours au

moins doit séparer le jour de la promulgation du décret de convocation et le jour de l'élection (D. org. 2 février 1852, art. 4). Ce délai forme la *période électorale.*

Il faut noter qu'aux termes de l'art. 41 de la loi du 5 avril 1884, les élections pour le renouvellement intégral des conseils municipaux ont lieu de plein droit tous les quatre ans, à partir de 1884, le premier dimanche de mai, et que pour les élections partielles l'assemblée des électeurs est convoquée par arrêté du préfet, qui doit être publié dans la commune au moins quinze jours avant la date de l'élection (L. 5 avril 1884, art. 15).

Aux termes de l'art. 9 du décret réglementaire du 2 février 1852, l'élection doit autant que possible être fixée à un dimanche ou jour férié. On voit facilement la raison de cette disposition. En pratique, les élections ont toujours lieu un dimanche.

Pour le deuxième tour de scrutin, quand il y a lieu d'y recourir, il n'y a point de convocation spéciale. Dans les élections législatives, il a lieu le deuxième dimanche qui suit le jour de la proclamation du premier scrutin (L. 30 novembre 1875, art. 4). Pour la proclamation du scrutin, cf. *infra* et l'art. 65 de la loi du 15 mars 1849. Comme les élections ont toujours lieu un dimanche, le deuxième tour de scrutin a toujours lieu quinze jours après le premier tour. Pour les élections aux conseils généraux, d'arrondissement et municipaux, le deuxième tour de scrutin a lieu le dimanche qui suit le jour du scrutin (LL. 10 août 1871, art. 12; 30 juillet 1874, art. 3 et 5 avril 1884, art. 30, § 2).

Pendant la période électorale, c'est-à-dire pendant la période qui sépare le décret de convocation et le jour de l'élection, pour toutes les élections, certaines faveurs spéciales sont faites par la loi au point de vue des réunions, de l'affichage et du colportage. Une réunion publique peut avoir lieu deux heures après la déclaration exigée par la loi; sauf pour les élections sénatoriales, la réunion ne peut avoir lieu le jour du vote. Mais aux réunions électorales, qui profitent de ces faveurs, ne peuvent assister que les électeurs de la circonscription, les candidats, les membres des deux chambres et le mandataire de chacun des candidats (L. 30 juin 1881, art. 4 et 5).

Aux termes de l'art. 16 de la loi du 29 juillet 1881, les professions de foi, circulaires et affiches électorales pouvaient être placardées, à l'exception des emplacements réservés aux affiches officielles, sur tous les édifices publics autres que les édifices consacrés au culte, et particulièrement aux abords des salles de scrutin. Mais le législateur, devant les abus de l'affichage électoral, a dû intervenir. La loi du 27 janvier 1902 a donné, par dérogation à l'art. 16 de la loi du 29 juillet 1881, aux maires, et à leur défaut aux préfets et à Paris au préfet de la Seine, le droit d'interdire l'affichage, même en temps d'élection sur les édifices et monuments ayant un caractère artistique. D'autre part, par l'effet de la séparation des Églises et de l'Etat (L. 9 décembre 1905), les édifices consacrés au culte sont devenus des édifices privés ; l'art. 16 ne s'applique pas ; et ils sont au point de vue de l'affichage dans la situation des édifices appartenant à des particuliers. L'art. 17, §§ 3 et 4 prévoit et punit le fait de lacération ou d'enlèvement d'affiches électorales. La loi du 30 mars 1902 (loi de finances, art. 44) interdit, sous peine d'une amende de 50 fr., les affiches électorales comprenant une combinaison de trois couleurs, bleu, blanc et rouge. Toutes les affiches électorales signées ou visées par le candidat sont dispensées du droit de timbre (L. 11 mai 1888, art. 3). « La distribution et le colportage accidentels ne sont assujettis à aucune déclaration ». Ce texte de l'art. 20 de la loi du 29 juillet 1889 vise spécialement l'affichage et le colportage en vue des élections. Cela est confirmé par le rapprochement avec l'art. 3 § 1 de la loi du 30 novembre 1875.

Du vote. — Il a lieu au chef-lieu de chaque commune, même pour les élections législatives. Pour la chambre des députés, l'art. 4 de la loi du 30 novembre 1875 reproduisant en partie l'art. 3, §§ 2 et 3 du décret organique du 2 février 1852 porte : « Le scrutin ne durera qu'un seul jour. Le vote a lieu au chef-lieu de la commune ; néanmoins chaque commune peut être divisée, par arrêté du préfet, en autant de sections que l'exigent les circonstances locales et le nombre des électeurs ». Pour les élections départementales, cf. L. 10 août 1871, art. 5, et pour les élections municipales, L. 5 avril 1884, art. 13. Il ne faut pas confondre cette division des communes en sections de vote, faite par le préfet, avec le sectionnement municipal de certaines communes (chaque section nommant un certain nombre de conseillers municipaux). Ce sectionnement municipal est fait par le conseil général (L. 5 avril 1884, art. 11 et 12).

D'après les textes précités (L. 30 novembre 1875, art. 4 et L. 5 avril 1884, art. 20), le scrutin ne dure qu'un jour dans toutes les communes quelle que soit l'élection et quelle que soit la population. Cette disposition est très sage; la conservation des urnes pendant une nuit peut faciliter les fraudes de tous genres. Sous le second empire, le scrutin durait deux jours (D. régl. 2 février 1852, art. 25). Au cas d'élections générales, le scrutin a lieu le même jour dans toutes les communes de France.

Pour les élections législatives, le scrutin est ouvert à huit heures du matin et clos à six heures du soir. Par suite de circonstances locales le préfet peut, après avis des maires, autoriser l'ouverture du scrutin avant huit heures du matin, mais pas avant cinq heures; et l'heure de la clôture ne peut être retardée (L. 30 novembre 1875, art. 4; D. régl. 2 fév. 1852, art. 25; D. 1er mai 1869). Pour les élections départementales, d'arrondissement (LL. 10 août 1871, art. 12, 30 juillet 1874, art. 3), le scrutin est ouvert à sept heures et clos à six heures du soir sans modification possible, et pour les élections municipales (L. 5 avril 1884, art. 15 et 26), l'heure est fixée par l'arrêté de convocation du préfet, et le scrutin doit rester ouvert au moins six heures.

L'autorité administrative (maire et préfet) détermine la salle où doit avoir lieu l'élection. Le vote a lieu dans une urne ou plutôt une boîte en bois « laquelle doit, avant le commencement du vote, avoir été fermée à deux serrures, dont les clefs restent l'une entre les mains du président, l'autre entre les mains de l'assesseur le plus âgé » (D. régl. 2 février 1852, art. 22 et L. 5 avril 1884, art. 25).

Pendant toute la durée des opérations électorales, une copie officielle, certifiée par le maire, de la liste des électeurs, contenant les noms, domicile et qualification de chacun des inscrits, reste déposée sur la table autour de laquelle siège le bureau et sur laquelle est déposée l'urne (D. régl. 2 février 1852, art. 17 et L. 5 avril 1884, art. 22).

S'est depuis longtemps établi l'usage de délivrer aux électeurs des cartes dites *cartes électorales*, portant leur nom, leur qualification et leur adresse. Elles servent à constater leur identité au moment où ils viennent voter et à les renseigner sur le lieu du scrutin et sur l'heure de l'ouverture et de la fermeture. Nous croyons que la délivrance de ces cartes est aujourd'hui obligatoire pour les communes. Cela est incontestable pour les élections municipales (L. 5 avril 1884, art. 13). Nous croyons que cette obligation existe

pour toutes les élections parce que l'article 136 de la loi du 5 avril 1884 déclare, sans distinction, dépenses *obligatoires* pour les communes « les frais des assemblées électorales qui se tiennent dans les communes et ceux des cartes électorales ».

L'électeur n'est pas obligé de voter (cf. *supra*, § 23); le vote obligatoire n'existe que pour les élections sénatoriales (L. 2 août 1875, art. 18).

L'électeur peut voter sans sa carte électorale; il suffit que son identité ne présente aucun doute, soit parce qu'il est connu des membres du bureau, soit parce que son identité est affirmée par deux électeurs présents. Il va sans dire que l'individu porteur d'une carte, mais non inscrit sur la liste, ne peut point voter.

L'électeur qui veut voter se présente devant l'urne, le jour du scrutin, à l'heure qu'il lui plaît, remet sa carte au président du bureau qui appelle son nom; l'un des assesseurs émarge sur la liste électorale, et l'électeur remet son bulletin imprimé ou manuscrit plié au président qui le dépose dans l'urne (D. régl. 2 février 1852, art. 21, 23; rap. L. 5 avril 1884, art. 25). Les dispositions des articles 21, § 1, 22, § 1 et 24 ne sont plus appliquées et sont pratiquement inapplicables. Le papier du bulletin doit être blanc et sans signe extérieur pour qu'on ne puisse pas savoir de quelle personne il émane. L'électeur doit avoir préparé son bulletin en dehors de l'assemblée (D. régl. art. 21, §§ 2 et 3).

L'art. 5 § 2 de la loi du 30 novembre 1875 consacre à nouveau le principe du secret du vote. Cf. D. org. 1852, art. 3, § 2. Mais si le vote est secret, le point de savoir quels sont les électeurs qui ont voté doit être public, et c'est pour assurer cette publicité que l'art. 5 § 3 de la même loi décide que les listes d'émargement de chaque section, signées du président et du secrétaire, demeureront déposées pendant huitaine au secrétariat de la mairie où elles doivent être communiquées à tout électeur requérant.

Il y a longtemps qu'on a fait observer que les dispositions de nos lois assurent insuffisamment le secret du vote. Le principe du scrutin secret est un principe essentiel; le secret du vote peut seul assurer la sincérité de l'élection. Il n'y a pas de principe qui ne soit plus souvent violé, malgré son importance, et dans les petites communes le secret du vote est à peu près illusoire.

C'est pour remédier à ce grave inconvénient que la chambre des députés a voté pendant la dernière législature un projet de loi, adopté avec modifications par le sénat, tendant à assurer le secret du vote. Mais la législature s'est achevée sans que la chambre ait finalement voté le texte du sénat. Espérons que la législature actuelle votera enfin le projet. Il s'inspire en substance du système belge. Dans toutes les élections, le vote aura lieu sous enveloppes non fermées ; il doit être établi dans chaque salle de vote, par les soins et sous la responsabilité du maire de la commune, un ou plusieurs dispositifs permettant aux électeurs de *s'isoler* pour mettre leur bulletin sous enveloppe. Des enveloppes opaques, timbrées du sceau de l'Etat, non gommées et à type uniforme pour chaque collège électoral seront fournies par l'administration préfectorale. Le jour du vote elles seront déposées sur le bureau et mises à la disposition de chaque électeur dans la salle du scrutin. Celui-ci dès son entrée dans la salle et sur la présentation de sa carte électorale prendra une enveloppe, devra *s'isoler* pour mettre son bulletin dans l'enveloppe, puis sans quitter la salle fera constater son identité, et il introduira *lui-même* dans la boîte du scrutin l'enveloppe contenant son bulletin, après que le président aura constaté qu'il ne tenait qu'une seule enveloppe. Doit être disposé avant le scrutin par les soins du maire dans l'isoloir tout ce qui est nécessaire pour la rédaction du bulletin de vote. Les urnes électorales ne doivent avoir qu'une ouverture destinée à laisser passer le bulletin muni de son enveloppe. Sans aller jusqu'à admettre le vote par mandataire, le projet de loi décide (art. 7) que tout électeur atteint d'infirmités qui le mettent dans l'impossibilité absolue d'introduire son bulletin dans l'enveloppe est autorisé par le bureau à se faire assister d'un électeur de son choix.

La chambre des députés avait en outre voté une disposition portant que dans les élections législatives le candidat ou tout électeur de la circonscription désignée par lui aurait le droit, pendant toute la durée du vote et du dépouillement, d'accéder dans toutes les salles de vote de toutes les communes de la circonscription, de surveiller et de contrôler toutes les opérations électorales et de faire mentionner au procès-verbal ses observations et protestations. Mais cette disposition a été repoussée par le sénat à la majo-

rité de trois voix. On doit regretter vivement ce vote du sénat; aucun motif sérieux n'a été allégué pour le justifier. V. la discussion du projet de loi, séance du sénat, 6 février 1906.

Bureau électoral. — Les opérations électorales dans chaque section ou bureau de vote sont dirigées par un bureau qui reçoit les votes, procède au dépouillement dans les conditions déterminées par la loi, proclame les résultats et rédige les procès-verbaux.

L'art. 12, § 1 du décret réglementaire du 2 février 1852 est ainsi conçu: « Le bureau de chaque collège ou section est composé d'un président, de quatre assesseurs et d'un secrétaire... » Les articles 13 à 16 du même décret règlent en détail la composition et les attributions du bureau. La loi du 5 avril 1884 contient dans les art. 17-19 et 21 certaines dispositions relatives au bureau électoral des élections municipales, qui ne diffèrent que sur des points secondaires de celles édictées par le décret de 1852.

S'il n'y a qu'un bureau de vote dans la commune, c'est le maire qui le préside; à son défaut, les adjoints et les conseillers municipaux ou des électeurs désignés par le maire; et s'il y a plusieurs bureaux de vote, le maire préside le premier, les adjoints et les conseillers président les autres, et ce n'est qu'à leur défaut que l'on désigne des électeurs pour les remplacer. A Paris les sections sont présidées, dans chaque arrondissement, par le maire, les adjoints ou les électeurs désignés (D. régl. 2 février 1852, art. 13; L. 5 avril 1884, art. 17).

Les assesseurs sont au nombre de quatre. Ils sont pris suivant l'ordre du tableau parmi les conseillers municipaux sachant lire et écrire; à leur défaut, les assesseurs sont les deux plus âgés et les deux plus jeunes électeurs présents sachant lire et écrire (D. régl. 2 février 1852, art. 12 et 14). Pour les élections municipales, les assesseurs sont toujours les deux plus âgés et les deux plus jeunes électeurs présents à l'ouverture du scrutin et sachant lire et écrire

(L. 5 avril 1884, art. 19). A Paris dans toutes les élections les fonctions d'assesseurs sont remplies par les deux électeurs les plus âgés et les deux plus jeunes. Le bureau est complété par l'adjonction d'un secrétaire désigné par le président et les assesseurs et choisi parmi les électeurs. Dans les délibérations du bureau, le secrétaire n'a que voix consultative (D. régl. 2 février 1852, art. 12; L. 5 avril 1884, art. 19). Trois membres au moins du bureau doivent toujours êtres présents pendant toute la durée du scrutin (D. régl. 2 février 1852, art. 13; L. 5 avril 1884, art. 19 *in fine*).

Le président préside le bureau, reçoit les bulletins et les dépose dans l'urne, dirige le dépouillement, proclame le résultat. Il est de plus chargé d'assurer le bon ordre de l'élection. Il a la police de l'assemblée. Nulle force armée ne peut sans son autorisation être placée dans la salle des séances (D. régl. 2 février 1852, art. 11, §§ 1 et 2; L. 5 avril 1884, art. 18). Le président doit veiller à ce que l'assemblée électorale ne s'occupe pas d'autre objet que l'élection qui lui est confiée ou ne se livre à des délibérations ou à des discussions qui lui sont absolument interdites (D. régl. 2 février 1852, art. 10; L. 5 avril 1884, art. 18). — Pour assurer le bon ordre de l'élection, il a le droit d'adresser des réquisitions directement aux autorités civiles et aux commandants militaires qui doivent y déférer. La disposition de l'art. 11, § 3 du décret réglementaire du 2 février 1852 est formelle : « Les autorités civiles et les commandants militaires sont tenus de déférer à ses réquisitions ».

Ce texte (D. régl. 2 février 1852, art. 11, § 3) parait formel et général. On s'est demandé cependant si le président d'un bureau électoral qui ne serait ni maire, ni adjoint, ni conseiller municipal, remplaçant le maire, mais président désigné par le maire conformément à l'art. 13, § 1 du décret régl du 2 février 1852 et à l'art. 17 de la loi du 5 avril 1884, pourrait requérir directement les commandants militaires, ou s'il devrait, au cas où l'intervention de la force armée serait nécessaire, s'adresser au maire qui ne pourrait pas refu-

ser de déférer à sa demande et qui devrait alors lui-même requérir les commandants militaires. Cf. en ce sens, *Rép. droit admin.*, v° *Elections*, n° 145, où il est dit : « Il est à remarquer que la réquisition directe n'est attribuée au président du bureau électoral que s'il est investi comme maire ou remplaçant du maire, de l'autorité municipale ; sa seule qualité de président ne suffirait pas ». Cette solution ne nous paraît point découler de l'art. 11, § 3 du décret réglementaire du 2 février 1852, qui donne au président du bureau électoral sans distinction le droit de réquisition directe. Il faut dire cependant que l'*Instruction sur les réquisitions de la force armée* du 24 juin 1903, rédigée par le ministère de la guerre et approuvée par le ministre de l'intérieur et qui a groupé méthodiquement tous les textes aujourd'hui en vigueur relativement à la réquisition de la force armée, ne mentionne point les présidents de bureaux électoraux parmi les autorités civiles qui ont le droit de requérir les troupes de ligne et parle seulement des maires et adjoints (cf. art. 3 de ladite instruction, *J. off.*, 19 juillet 1903, p. 4615).

Le bureau a pour mission d'aider à la réception des votes en vérifiant l'identité de l'électeur, en faisant les émargements, etc..., de procéder au dépouillement du scrutin et d'établir le procès-verbal. En outre, aux termes de l'art. 16 du décret réglementaire du 2 février 1852 et de l'art. 21 de la loi du 5 avril 1884, il juge provisoirement toutes les difficultés qui s'élèvent relativement aux opérations de l'assemblée. Aux termes de ces mêmes articles ses décisions sont motivées ; toutes les réclamations et décisions sont insérées au procès-verbal ; les pièces et les bulletins qui s'y rapportent y sont annexés après avoir été paraphés par le bureau. Les décisions du bureau ne peuvent s'appliquer qu'à des difficultés qui se rapportent directement et uniquement aux opérations mêmes dont s'agit. Par exemple il ne pourrait point statuer sur une question d'électorat, en dehors de la question d'inscription ou de non inscription sur la liste électorale, et *a fortiori* il ne pourrait pas statuer sur une question d'inéligibilité ou d'incompatibilité.

Quel est le véritable caractère des décisions prises par le bureau en vertu de l'art. 16 du décret réglementaire et de l'art. 21 de la loi de 1884 ? A notre avis, il y a là véritablement une décision juridictionnelle, mais, suivant l'expression de la loi, une décision juridictionnelle provisoire, c'est-à-dire qui produira ses effets seulement

jusqu'au moment où le juge de l'élection (chambre, conseil d'Etat, conseil de préfecture) aura statué. Ce n'est point une décision au premier degré, eu égard à la décision du juge de l'élection ; quand celui-ci a statué, la décision du bureau disparaît, et elle est remplacée par la décision du juge qui maintient ou annule l'élection.

Dépouillement du scrutin. — Quand l'heure de 6 heures fixée par la loi pour la clôture du scrutin a sonné, le président du bureau déclare le scrutin clos ; et l'on procède au dépouillement, opération délicate et dont la régularité est la condition essentielle de la sincérité de l'élection.

Les formes du dépouillement et du recensement des votes sont encore réglées par les art. 27 à 37 du décret réglementaire du 2 février 1852. La boîte des bulletins étant ouverte, on vérifie d'abord le nombre des bulletins. Si, ce qui arrive assez souvent, le nombre des bulletins est inférieur ou supérieur à celui des émargements, il en est fait mention au procès-verbal. Le bureau désigne parmi les électeurs présents un certain nombre de scrutateurs sachant lire et écrire, lesquels se divisent par tables de quatre au moins. Le président répartit entre les diverses tables les bulletins à vérifier. A chaque table, l'un des scrutateurs lit chaque bulletin à haute voix et le passe à un autre scrutateur. Les noms portés sur les bulletins sont relevés sur des listes préparées à cet effet. Le président et les membres du bureau surveillent l'opération du dépouillement. Mais dans les collèges ou sections où il s'est présenté moins de trois cents votants, le bureau peut procéder lui-même au dépouillement et sans l'intervention de scrutateurs supplémentaires. Les tables sur lesquelles s'opère le dépouillement du scrutin doivent être disposées de telle sorte que les électeurs puissent circuler à l'entour et cela pour assurer la publicité du dépouillement, qui est la meilleure garantie de sa sincérité. Immédiatement après le dépouillement, le résultat du scrutin est rendu public. Les bulletins autres que ceux qui doivent être annexés au procès-verbal sont brûlés en présence des électeurs.

Dans les communes où il y a plusieurs sections de vote, le dépouillement se fait dans chaque section et le résultat en est ensuite porté par chaque président au bureau de la première section qui, en présence des présidents des autres sections, opère le recensement général des votes de la commune et en proclame le résultat.

Les procès-verbaux des opérations électorales de chaque commune sont rédigés en double. L'un de ces doubles reste déposé au secrétariat de la mairie; l'autre est transmis au sous-préfet de l'arrondissement qui le fait parvenir au préfet du département. On joint au double envoyé à la sous-préfecture les bulletins blancs, nuls ou contestés.

Pour les élections législatives, le recensement général des votes, pour toutes les circonscriptions électorales, se fait au chef-lieu du département, *en séance publique*. Il est opéré, au jour fixé par le préfet, par une commission composée de trois membres du conseil général désignés par le préfet. A Paris, le recensement est fait par une commission de cinq membres du conseil général désignés par le préfet de la Seine. La commission nomme son président. Le recensement général des votes étant terminé, le président de la commission en fait connaître le résultat et proclame les élus. Après la proclamation du résultat des opérations électorales, on réunit tous les procès-verbaux; on y joint les pièces qui doivent y être annexées, notamment toutes les pièces et bulletins qui se rapportent à des réclamations et aussi les bulletins blancs, ceux qui ne contiennent pas une désignation suffisante et ceux dans lesquels les votants se sont fait connaître. Le tout est envoyé par les soins du préfet et l'intermédiaire du ministère de l'intérieur au secrétariat général de la chambre des députés.

Il y a longtemps que des critiques ont été adressées à ce mode de recensement des votes. On a fait observer très justement qu'il n'offrait pas des garanties suffisantes, que les procès-verbaux

envoyés à la préfecture restaient pendant plusieurs jours à la disposition des bureaux, que les membres de la commission étant nommés par le préfet pouvaient être complaisants. Le projet de loi déjà cité, qui avait pour but d'assurer le secret du vote et la sincérité des opérations électorales, voté par la chambre des députés et voté par le sénat avec quelques modifications de détail les 6 et 8 février 1906, mettait la procédure du dépouillement en harmonie avec le vote sous enveloppe qu'elle prescrivait et édictait des dispositions très heureuses pour assurer la régularité et la sincérité du recensement général des votes. Ainsi les procès-verbaux électoraux devaient être envoyés sous pli cacheté à la préfecture, et le pli ne pouvait être ouvert que par le président de la commission de recensement. Les membres de la commission de recensement devaient être élus par le conseil général à la session d'avril et rester en fonction toute l'année. Les candidats devaient être prévenus au moins 48 heures à l'avance par lettre recommandée du jour et de l'heure du recensement du vote, et recevaient le droit de présenter leurs observations à la commission. La chambre et le sénat étaient d'accord, sauf sur quelques points de détail; cinq minutes suffisaient à la dernière chambre pour faire de cet heureux projet une loi; elle ne l'a pas voulu et la législature s'est achevée sans que cette loi, assurant vraiment la sincérité du vote et réclamée depuis si longtemps, ait été votée. On espère sans le croire que la législature actuelle votera enfin cette loi indispensable.

Pour les élections administratives, il n'y a pas de commission de recensement spéciale. Pour les élections municipales, c'est le bureau de chaque commune et, s'il y a plusieurs sections de vote, le premier bureau qui proclame les candidats élus (cf. L. 5 avril 1884, art. 29). Pour les élections au conseil général et au conseil d'arrondissement, les procès-verbaux de chaque commune sont apportés au chef-lieu de canton par des membres du bureau où le recensement général des votes est fait par le bureau du chef-lieu et le résultat proclamé par son président (L. 10 août 1871, art. 13).

Majorité nécessaire pour être élu au premier tour. — Dans toute élection, il faut, pour être élu au premier tour, réunir : 1° La majorité absolue des suffrages exprimés; 2° Un nombre de voix égal au quart de celui des électeurs inscrits dans la circonscription. Au deuxième tour de scrutin, l'élection a lieu à la majorité relative, quel que soit le nombre des votants, et dans le cas où les candidats obtiendraient un nombre égal de suffrages, le plus âgé est proclamé élu (D. org. 2 février 1852, art. 6; L. L. 30 novembre 1875,

art. 18; 16 juin 1885, art. 5; 10 août 1871, art. 14; 5 avril 1884, art. 30).

La détermination du quart des électeurs inscrits n'offre aucune difficulté. La détermination de la majorité absolue peut présenter quelque difficulté. Si le nombre des votants est un nombre pair, la majorité absolue est la moitié plus un de ce nombre. Si les votants sont en nombre impair, la majorité absolue est la majorité absolue du nombre pair au-dessous : la majorité absolue de 1001 est 501; et 501 est aussi la majorité absolue de 1000.

Le candidat doit, pour être élu, avoir obtenu la majorité absolue non pas des votants, mais des suffrages exprimés, c'est-à-dire des bulletins devant compter dans le calcul de la majorité absolue. L'art. 30 du décret réglementaire du 2 février 1852 indique, d'une manière très précise, les bulletins qui ne doivent pas compter dans le calcul de la majorité absolue. Ce sont les bulletins blancs, ceux ne contenant pas une désignation suffisante ou dans lesquels les votants se sont fait connaître. Il faut ajouter, pour les élections législatives, les bulletins au nom de candidats n'ayant pas fait la déclaration prescrite par la loi du 17 juillet 1889 (cf. § 107). On a vu que tous ces bulletins devaient être annexés au procès-verbal. De l'art. 21, § 3 du même décret, combiné avec l'art. 30, il résulte que les bulletins portant un nom, mais contenant un signe extérieur, les bulletins qui ne sont pas en papier blanc ne doivent pas être attribués au candidat dont ils portent le nom, mais doivent être comptés pour le calcul de la majorité absolue.

Il arrive assez fréquemment que le nombre des bulletins trouvés dans l'urne est supérieur au nombre des émargements. Voici la jurisprudence suivie dans cette hypothèse. On prend pour nombre des votants celui des émargements constatés, la présomption étant que les bulletins en trop ont été mis dans l'urne, soit parce qu'il y a eu des doubles bulletins, soit parce qu'il y a eu erreur volontaire ou non de la part de celui qui a reçu les votes, et l'on retranche des voix obtenues par le candidat qui a obtenu le plus de voix un

nombre de voix égal au nombre des bulletins trouvés en sus ; le candidat n'est élu que si, après retranchement, il réunit la majorité absolue et un nombre de voix égal au quart des inscrits. Dans le cas plus rare où l'on trouve moins de bulletins qu'il n'y a d'émargements, c'est le nombre des bulletins trouvés qui détermine le nombre des votants.

Contentieux électoral. — Le contentieux des élections administratives appartient aux tribunaux administratifs, conseil d'Etat pour le conseil général, conseil de préfecture en première instance et conseil d'Etat en appel pour les élections aux conseils municipaux et aux conseils d'arrondissement (L. L. 31 juillet 1875 ; 22 juin 1833, art. 51 ; 5 avril 1884, art. 38).

Pour les élections législatives, c'est la chambre des députés qui est juge de l'éligibilité de ses membres et de la régularité de l'élection (L. const. 16 juillet 1875, art. 10; cf. *infra*, § 118). C'est en vue de la vérification des pouvoirs par la chambre qu'aussitôt après la proclamation du résultat des opérations électorales, les procès-verbaux et les pièces y annexées sont transmis par les soins des préfets et l'intermédiaire du ministre de l'intérieur à la chambre des députés (D. org. 2 février 1852, art. 37).

104. Des dispositions pénales tendant à assurer la sincérité des élections. — Nous avons déjà mentionné (§ 101) l'art. 31 du décret organique du 2 février 1852, d'après lequel toute personne qui se fait inscrire sur la liste électorale sous de faux noms ou sous de fausses qualités, ou a en se faisant inscrire dissimulé une incapacité prévue par la loi, ou a réclamé et obtenu une inscription sur plusieurs listes, est punie d'un emprisonnement de un mois à un an et d'une amende de 100 à 1.000 fr., les art. 32 et 33, d'après lesquels celui qui vote, quoique déchu du droit de voter, est puni, suivant les cas, d'un emprisonnement de quinze jours à trois mois et d'une amende de 20 à 500 fr., ou d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 200 à 2.000 fr., et l'art. 34 qui frappe de cette dernière peine celui qui vote plusieurs fois dans la même élection.

Toute une série d'articles du décret organique du 2 février 1852 frappent de peines sévères tout acte ayant pour but ou pour effet de troubler ou d'empêcher les opérations électorales. L'entrée dans l'assemblée électorale avec armes apparentes est interdite sous peine d'une amende de 16 à 100 francs ; la peine est un emprison-

nement de quinze jours à trois mois et une amende de 50 à 300 francs si les armes sont cachées (D. org., art. 37). Lorsque par attroupements, clameurs ou démonstrations menaçantes, on aura troublé les opérations d'un collège électoral, porté atteinte à l'exercice du droit électoral ou à la liberté du vote, les coupables sont punis d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 100 à 2.000 francs. Toute irruption dans un collège électoral consommée ou tentée avec violence, en vue d'empêcher un choix, est punie d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 1.000 francs à 5.000 francs ; la peine est la réclusion si les coupables étaient porteurs d'armes ou si le scrutin a été violé ; elle est des travaux forcés à temps si le crime a été commis par suite d'un plan concerté pour être exécuté soit dans toute la république, soit dans un ou plusieurs départements, soit dans un ou plusieurs arrondissements (D. org., art. 41-44). Les membres d'un collège électoral qui pendant la réunion se seront rendus coupables d'outrages ou de violence, soit envers le bureau, soit envers l'un de ses membres ou qui par voies de fait ou menaces auront retardé ou empêché les opérations électorales, sont punis d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 100 fr. à 2.000 francs. Si le scrutin a été violé, l'emprisonnement est d'un an à cinq ans et l'amende de 1.000 à 5.000 fr. (D. org., art. 45). L'enlèvement de l'urne contenant les suffrages émis et non encore dépouillés est puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 1.000 francs à 5.000 francs ; la peine est la réclusion quand l'enlèvement a été effectué en réunion ou avec violence (D. org., art. 46). Est punie de la réclusion la violation du scrutin faite, soit par les membres du bureau, soit par les agents de l'autorité préposés à la garde des bulletins non encore dépouillés (D. org., art. 47).

Le législateur a aussi prévu et puni tout fait ayant pour but de changer, sans emploi de la violence, le résultat du scrutin. C'est ainsi qu'est puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 500 à 5.000 francs, quiconque étant chargé dans un scrutin de recevoir, compter ou dépouiller les bulletins contenant les suffrages des citoyens aura soustrait, ajouté ou altéré des bulletins ou lu un nom autre que celui inscrit, et tout individu qui, chargé par un électeur d'écrire son suffrage, aura inscrit sur le bulletin un nom autre que celui qui lui a été désigné (D. org., art. 35 et 36). Le même décret punit d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 100 francs à 2.000 francs ceux qui, à l'aide de fausses nouvelles, bruits calomnieux ou autres manœuvres frauduleuses, auront surpris ou détourné des suffrages, déterminé un ou plusieurs électeurs à s'abstenir de voter (art. 40).

Ces dispositions ont été complétées par la loi du 30 mars 1902, qui punit d'un emprisonnement de six jours à deux mois et d'une amende de 50 fr. à 500 fr., ou d'une seule de ces deux peines avec privation possible des droits civiques pendant cinq ans, quiconque,

soit dans une commission administrative ou municipale, soit dans un bureau de recensement, soit dans un bureau de vote ou dans les bureaux des mairies, des préfectures ou des sous-préfectures, avant, pendant ou après le scrutin, aura, par inobservation volontaire de la loi ou des arrêtés préfectoraux, ou par tous autres actes frauduleux, changé ou tenté de changer le résultat du scrutin. Cette loi de 1902 déclare d'ailleurs maintenus les lois et décrets en vigueur.

Enfin le projet de loi sur le secret du vote voté par la chambre et par le sénat (6 et 8 février 1906) avec quelques différences, mais qui n'est pas devenu loi, punissait tout acte portant atteinte à ce secret.

Corruption électorale. — La corruption est le grand vice des démocraties. L'histoire de toutes les cités démocratiques le démontre amplement. Notre démocratie française moderne n'y a point échappé. Il est malheureusement certain qu'un trop grand nombre d'élections sont dues à la corruption par l'argent et aussi à une corruption plus subtile et plus difficile à saisir et à réprimer, la corruption par la promesse ou la concession de places ou de faveurs. Il faudrait donc une législation sévère sur la corruption électorale. Nos lois à cet égard sont tout à fait insuffisantes et présentent un défaut complet d'harmonie. Il n'y a pas de dispositions pénales contre la corruption, visant toutes les élections, mais des dispositions particulières pour chaque espèce d'élection.

Pour les élections législatives, la corruption électorale est encore réprimée par les art. 38 et 39 du décret organique du 2 février 1852 et par l'art. 3 § 4 de la loi du 30 novembre 1875. Quiconque aura donné, promis ou reçu des deniers, effets ou valeurs quelconques, sous la condition soit de donner ou de procurer un suffrage, soit de s'abstenir de voter, ceux qui, sous les mêmes conditions, auront fait ou accepté l'offre ou la promesse d'emplois publics ou privés, seront punis d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 500 fr. à 5.000 fr. La peine est un emprisonnement d'un mois à un an et une amende de 100 fr. à 1.000 fr. contre ceux qui, soit par voies de fait, violences ou menaces contre un électeur, soit en lui faisant craindre de perdre son emploi ou d'exposer à un dommage sa personne, sa famille ou sa fortune, l'auront déterminé à s'abstenir de voter ou auront influencé son vote. Dans les deux cas, la peine est du double si le coupable est un fonctionnaire public (D. org. 2 février 1852, art. 38 et 39). L'art. 3 § 4 de la loi du 30 novembre 1875 déclare applicable aux élections pour la chambre des députés la disposition de l'art. 19 de la loi du 2 août 1875, qui a été modifiée par l'art. 8 de la loi du 9 décembre 1884 sur l'élection des sénateurs : « Toute tentative de corruption ou de contrainte par l'emploi des moyens énoncés dans l'art. 177 et suiv. du code pénal pour influencer le vote d'un électeur ou le déterminer à s'abstenir de voter sera punie d'un emprisonnement de trois mois à deux

ans et d'une amende de 50 fr. à 500 fr. ou de l'une de ces deux peines ».

Pour les élections aux conseils municipaux, la corruption est prévue et réprimée par l'art. 14, § dernier de la loi du 5 avril 1884 qui leur déclare applicable l'art. 3, §§ 3 et 4 de la loi du 30 novembre 1875. Pour les élections aux conseils généraux et aux conseils d'arrondissement, il n'y a pas de dispositions spéciales.

Les deux chambres ont voté en 1905-1906 (séances du sénat, 18-26 janvier 1906) un projet de loi *ayant pour objet de réprimer les actes de corruption dans les opérations électorales*. Les textes votés par la chambre et le sénat ne différaient que sur quelques points de détail; et l'on pouvait espérer que la chambre élue en 1902 ne se séparerait pas avant d'avoir voté la loi. Il n'en a rien été : ce projet sur la corruption électorale a eu le même sort malheureux que celui sur le secret du vote. Il unifiait et complétait la législation relative à la corruption électorale. Il était dit que les art. 1-4, 10 et 11 de la loi, c'est-à-dire les dispositions générales sur la corruption, s'appliqueraient à toutes les élections; étaient déclarés abrogés : les art. 38 et 39 du décret organique du 2 février 1852, l'art. 19 de la loi du 2 août 1875, le § 4 de l'art. 3 de la loi du 30 novembre 1875 et le dernier § de l'art. 14 de la loi du 5 avril 1884 en tant qu'il se réfère au § 4 de l'art. 3 de la loi du 30 novembre 1875.

Le principe du projet était formulé dans l'art. 1 : « Quiconque, par des promesses quelles qu'elles soient, par des dons ou libéralités en argent ou en nature, faits en vue d'influencer le vote d'un ou de plusieurs électeurs, aura obtenu ou tenté d'obtenir leur suffrage, soit directement, soit par l'entremise d'un tiers, quiconque, par les mêmes moyens, aura déterminé ou tenté de déterminer un ou plusieurs d'entre eux à s'abstenir sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 500 fr. à 5.000 fr. Ceux qui auront agréé ou sollicité les mêmes promesses, dons ou libéralités seront punis des mêmes peines ». Le projet de loi, à la différence du décret de 1852, réprimait la corruption s'adressant à une collectivité : « Quiconque, en vue d'influencer le vote d'un collège électoral ou d'une fraction de ce collège, aura fait des promesses quelles qu'elles soient, des dons et des libéralités, soit à une commune, soit à une collectivité quelconque de citoyens, est puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 500 fr. à 5.000 fr. » (art. 3). Dans tous ces différents cas la peine était du double si le coupable était fonctionnaire public (art. 4). Le projet de loi contenait une disposition qui eût été nouvelle dans notre droit. L'art. 5 porte en effet que, lorsque la chambre des députés ou le sénat auront annulé une élection, la question doit leur être posée de savoir si le dossier de l'élection sera renvoyé au ministère de la justice; au cas de réponse affirmative, le dossier doit être transmis dans les 24 heures.

Observations générales. — Les circonstances atténuantes peu-

vent toujours être admises en matière d'infractions électorales conformément à l'art. 463 du code pénal. Cela est dit d'une manière générale par l'art. 48 du décret organique de 1852. Au cas de conviction de plusieurs crimes ou délits électoraux commis antérieurement au premier acte de poursuite, la peine la plus forte est seule appliquée (D. org. 1852, art. 49).

L'action publique et l'action civile sont prescrites après trois mois à partir du jour de la proclamation du résultat de l'élection, sans qu'on puisse au moyen d'une interruption par voie d'assignation augmenter le délai (D. org. 1852, art. 50 ; Cass., 25 juillet 1890, S., 90. I, p. 489).

On s'est demandé si cette courte prescription de trois mois s'applique aux délits électoraux prévus par la loi du 30 mars 1902, qui ne contient pas une référence expresse au décret organique de 1852. Par un arrêt du 8 juillet 1905, la cour de cassation (chambre criminelle) a décidé qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer la prescription de trois mois, mais la prescription ordinaire de trois ans parce que la loi de 1902 ne contient aucune référence au décret de 1852 (S., 1905. I, p. 382). Cette solution est juridique, mais bien rigoureuse, d'autant plus qu'on ne peut peut-être pas dire que la loi de 1902 ne contienne pas une référence au décret de 1852. Cf. Delpech, *Revue du droit public,* 1906, p. 102.

Enfin il faut noter qu'aux termes de l'art. 51 du décret organique de 1852, la condamnation, s'il en est prononcé, ne peut, en aucun cas, avoir pour effet d'annuler l'élection déclarée valide par les pouvoirs compétents ou dûment définitive par l'absence de toute protestation régulière formée dans les délais fixés par les lois spéciales. Cela vise les élections administratives.

Sur les élections, cons. *Répertoire droit administratif,* vº *Elections* (par Chantegrellet) ; E. Faye, *Manuel de droit électoral,* 1905 ; Lacroix, *Le secret du vote devant le parlement français, Revue politique et parlem.,* 10 février 1906, p. 307 ; Charles Benoist, *Rapport sur le projet de loi relatif au secret et à la liberté du vote, J. off., doc. parl.,* chambre 1905, sess. extraordin., p. 52 ; G. Picot, *La liberté électorale, Revue des Deux-Mondes,* 1er fév. 1906 ; Savary, *Rapport* au sénat, *doc. parl.,* 1905, sess. extraordin., p. 592.

CHAPITRE II

LE PARLEMENT

105. Généralités. — On a montré, aux §§ 52, 56 et 57, comment et dans quelle mesure le parlement est, dans les pays qui pratiquent comme la France le régime représentatif, un organe de représentation de la volonté nationale. On l'appelle souvent le pouvoir législatif et on l'oppose ainsi au pouvoir exécutif, qui serait le gouvernement proprement dit. Ces expressions étant passées dans l'usage, on peut assurément s'en servir. Mais cependant il est préférable de ne les point employer, parce qu'elles prêtent à confusion et peuvent être source d'erreurs. Cf. §§ 54 et 55.

Dans les Etats modernes, les parlements ont en général une organisation très complexe, répondant plus ou moins exactement à la structure de la nation qu'ils doivent représenter. Ils sont le plus souvent divisés en deux chambres nommées d'une manière différente et délibérant séparément, ayant le plus habituellement, sauf en matière financière, des pouvoirs égaux en droit. Pour la question des deux chambres et la législation étrangère y relative, cf. *supra*, § 56.

En France, la constitution qui nous régit actuellement a établi deux chambres. On lit en effet à l'art. 1, § 1 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 : « Le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, la chambre des députés et le sénat ». Dans la loi du 13 mars 1873, l'Assemblée nationale de 1871 avait

posé le principe de la dualité du parlement. « L'Assemblée nationale ne se séparera pas avant d'avoir statué :... 2° sur la création et les attributions d'une seconde chambre ne devant entrer en fonction qu'après la séparation de l'assemblée actuelle ».

Bien qu'il y ait deux chambres, il n'y a qu'un seul parlement, formant un seul et unique organe politique. Bien que les deux chambres siègent séparément, il n'y a qu'une seule volonté parlementaire (cf. § 56). La chambre des députés et le sénat forment ainsi un seul organe. Sans doute parfois les deux chambres ont des attributions qui leur appartiennent séparément et en propre à chacune. Mais lorsqu'elles font la loi, elle est l'expression de la volonté une du parlement composé de ces deux sections. D'autre part, parfois la chambre et le sénat siègent en une assemblée unique qui prend alors le nom d'*assemblée nationale*. Il en est ainsi pour l'élection du président de la république (L. const. 25 février 1875, art. 2) et pour la revision totale ou partielle des lois constitutionnelles (même loi, art. 8, § 2).

Les deux chambres, sauf en matière financière, ont des pouvoirs égaux.

Cela a été dit fréquemment pendant la discussion des lois const. en 1875. Dans l'exposé des motifs du projet de loi const. déposé par M. Dufaure le 19 mai 1873, il était dit : « Elle (la chambre haute) aura d'ailleurs les mêmes attributions législatives que la chambre des représentants... Nous voulons assurer au sénat un rang et une puissance, qui ne permettent pas de voir en lui l'inférieur de l'autre chambre... » (*Annales Assemblée nationale*, 1871, XVIII, p. 3, 5 et 6). Gambetta déclare le 11 février 1875 que pour aboutir la gauche a accepté tout ce que voulait la droite « et notamment deux chambres avec des droits égaux » (*ibid.*, XXXVI, p. 500). Les textes des lois const. ne peuvent laisser aucun doute à cet égard. A l'art. 8, § 1 de la loi const. du 24 février 1875, on lit : « Le sénat a, *concurremment avec la chambre des députés*, l'initiative et la confection des lois », et à l'art. 6 de la loi const. du 25 février : « Les ministres sont solidairement responsables *devant les chambres...* »

De cette parité de situation faite aux chambres, nous aurons plus tard à tirer certaines conséquences

importantes, notamment au point de vue des conditions dans lesquelles doit s'exercer la responsabilité politique des ministres devant l'une et l'autre chambre, et aussi au point de vue des droits du sénat en matière financière. — Pour le moment il suffit de dire qu'en principe toutes les règles qui vont être étudiées s'appliquent également au sénat et à la chambre des députés, à moins que le contraire ne soit dit expressément.

Pour les conditions dans lesquelles furent votées les lois const. et électorales de 1875, la loi const. du 14 août 1884, et la loi sur l'élection des sénateurs du 9 décembre 1884, cf. Duguit et Monnier, *Les constitutions de la France, Notices historiques*, p. CXV et suivantes, et spécialement pour la revision de 1884, cf. Duguit, *L'élection des sénateurs, Revue politique et parlementaire*, août et septembre 1895. Pour l'ensemble du droit parlementaire, cons. Pierre, *Traité de droit politique et parlementaire*, 2e édit., 1902 ; *Supplément*, 1906.

A. *Nomination du Parlement.*

106. Election des députés. — Le principe est formulé à l'art. 1, § 2 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 : « La chambre des députés est nommée par le suffrage universel, dans les conditions déterminées par la loi électorale ». Ainsi c'est un principe constitutionnel que la chambre des députés soit élue au suffrage universel. Et comme dans la terminologie universellement et constamment employée l'expression suffrage universel signifie en même temps suffrage direct, le législateur ordinaire ne pourrait point décider que la chambre des députés sera élue au suffrage restreint ou à deux degrés. Une pareille décision serait certainement inconstitutionnelle. C'est cependant au législateur ordinaire qu'il appartient de régler les conditions dans lesquelles doit fonctionner le suffrage universel pour l'élection des députés. La loi du 30 novembre 1875, qui porte le titre de *loi organique sur l'élection des députés*, qui a été modifiée sur des points

de détails, mais qui est encore la loi fondamentale sur l'élection de la chambre, n'a point le caractère de loi constitutionnelle et a pu être modifiée par des lois ordinaires. On peut dire d'ailleurs que depuis 1814 c'est une tradition en France que les lois électorales ne sont pas des lois constitutionnelles. Cf. § 99.

Les députés sont aujourd'hui élus au scrutin uninominal ou individuel ; chaque circonscription électorale ne nomme qu'un député ; et comme la division administrative en arrondissements est la base de la division de la France en circonscriptions électorales, on dit que l'élection des députés est faite au *scrutin d'arrondissement*. La règle avait été d'abord établie par l'art. 14 de la loi du 30 novembre 1875. La loi du 16 juin 1885 avait supprimé cette règle et établi le scrutin de liste par département. Le scrutin uninominal a été rétabli par la loi du 13 février 1889, qui (art. 1) déclare abrogés les art. 1-3 de la loi du 16 juin 1885, et rétablie la règle suivante de l'art. 14 de la loi du 30 novembre 1875. Chaque arrondissement administratif dans les départements et chaque arrondissement municipal à Paris et à Lyon nomme un député, quelle que soit sa population. Mais les arrondissements dont la population dépasse 100.000 habitants nomment un député de plus par 100.000 ou fraction de 100.000 habitants. En pareil cas l'arrondissement est divisé par une loi en un certain nombre de circonscriptions ; ces circonscriptions ne peuvent être modifiées que par une loi ; et il ne peut être formé de circonscription comprenant des cantons appartenant à des arrondissements différents. A la fin de chaque législature, quand il y a eu un nouveau recensement de la population, il est fait une loi qui apporte aux circonscriptions les modifications rendues nécessaires par le mouvement de la population. En donnant au parlement compétence exclusive pour tracer les limites des circonscriptions électorales dans les limites de chaque arrondissement, on a voulu éviter le retour

des abus du second empire, pendant lequel le gouvernement taillait dans un département à son gré les circonscriptions électorales pour contrebalancer autant que possible les majorités antigouvernementales existant en certaines villes.

La dernière loi qui ait fixé le nombre des circonscriptions électorales est la loi du 30 mars 1902. Il n'y a pas eu de loi modifiant les circonscriptions électorales avant les élections du 6 mai 1906, parce que le résultat du recensement de la population fait en 1906 n'était pas encore connu au moment des élections. D'après cette loi de 1902, il y a 591 circonscriptions électorales et, par conséquent, autant de députés dont 9 pour les colonies.

Ce système est évidemment très simple et très commode; mais s'il est vrai que le nombre des députés doit être proportionnel à la population, il n'assure point cette proportionnalité. Il suffit, en effet, de supposer deux arrondissements dont l'un compte 100.000 habitants et dont l'autre compte 100.002 habitants; le premier nommera un député, le second en nommera deux; le député nommé par le premier représentera 100.000 habitants, les deux députés nommés par le second représenteront chacun 50.001 habitants. On ne saurait justifier ce système en disant que la base de la représentation doit être non seulement la population, mais les unités sociales. En effet, les arrondissements sont des divisions tout à fait artificielles et ne peuvent point servir de base à une représentation électorale.

Sur la question du scrutin de liste ou du scrutin uninominal et les variations de notre législation sur ce point, cf. § 57.

Durée du mandat. — Les députés sont élus pour quatre ans et la chambre se renouvelle intégralement tous les quatre ans (L. 30 novembre 1875, art. 15).

La loi du 22 juillet 1893 avait décidé exceptionnellement que les pouvoirs de la chambre élue en août-septembre 1893 seraient prorogés jusqu'au 31 mai 1898. Cette loi avait pour but de faire que désormais les élections générales eussent lieu tous les quatre ans, en avril ou en mai, moment de l'année qui paraît le plus propice pour procéder aux opérations électorales.

Il a été souvent question d'établir le renouvellement partiel et biennal de la chambre. Les propositions de loi tendant à rétablir le scrutin de liste et la représentation proportionnelle dont la précédente chambre a été saisie, tendent à établir ainsi le renouvellement partiel (cf. *supra,* § 57 et rapports de M. Buyat et de M. Charles Benoist, *J. off., doc. parl.,* chambre, sess. ord., 1905, p. 389 et 471). Dans une démocratie, le système du renouvellement partiel nous paraît inadmissible (cf. § 57).

On s'est demandé si la loi par laquelle le parlement prolongerait la durée d'une législature en cours serait une loi inconstitutionnelle.

A notre sens, il faut distinguer. Si la loi prolonge uniquement la durée de la législature en cours, elle est inconstitutionnelle, parce qu'elle est une loi spéciale et individuelle (cf. § 35). Si au contraire c'est une loi générale qui fixe une durée plus longue pour toutes les législatures futures et qui est déclarée applicable même à la législature en cours, elle est constitutionnelle : la situation de la chambre et la durée de la législature forment une situation de droit objectif qui peut certainement être toujours modifiée par une loi nouvelle, sans qu'on puisse y voir un effet rétroactif de la loi, une atteinte à des droits subjectifs. Mais il faut dire qu'une pareille loi serait profondément impolitique, puisqu'elle serait un véritable abus de confiance à l'égard du corps électoral.

En Angleterre, le *Septennal act* de 1716 fixa à sept années la durée de la législature fixée à trois ans par l'acte de 1694 et fut déclaré applicable au parlement même qui l'avait voté. L'Angleterre n'admettant pas le système des constitutions rigides, la question de constitutionnalité ne pouvait pas se poser. Mais trente et un pairs protestèrent contre le *bill* et firent valoir contre lui l'argument suivant : les députés ayant été élus pour une certaine durée par le corps électoral, si la chambre prolonge la durée de la législature, après l'expiration du délai pour lequel les députés ont été élus, ceux-ci ne peuvent plus être regardés comme nommés à vrai dire par le corps électoral, mais bien par la chambre elle-même. Cf. Dicey, *Introduction au droit constitutionnel*, édit. franç., 1902, p. 40 et suiv.

Convocation du corps électoral. — Le corps électoral est convoqué par un décret du président de la république. L'intervalle entre le jour de la promulgation du décret et celui de l'élection doit être au moins de 20 jours (D. org. 2 février 1852, art. 4 et L. 30 novembre 1875, art. 5, § 1). Cette durée de 20 jours forme ce qu'on appelle la période électorale, pendant laquelle certaines exceptions sont faites au droit commun des réunions publiques, de l'affichage et du colportage (cf. *supra*, § 103).

Si le président de la république a seul pouvoir pour convoquer les électeurs à l'effet de nommer les députés, il n'a point toute liberté pour déterminer l'époque où il doit faire cette convocation, et le législateur a fixé certains délais dans lesquels doivent avoir lieu les élections et par conséquent par là même des délais dans lesquels doit être faite la convocation. Il faut distinguer les élections générales et les élections partielles.

Les élections générales, faites pour le renouvellement de la chambre à l'expiration de la législature, doivent avoir lieu dans les 60 jours qui précèdent l'expiration des pouvoirs de la chambre des députés. La loi du 30 novembre 1875 n'avait pas statué sur ce point et la règle a été posée par la loi du 16 juin 1885, art. 6. Ainsi les élections générales pour le renouvellement intégral de la chambre, parvenue à l'expiration de son mandat, ne peuvent pas avoir lieu avant les 60 jours qui précèdent la date de l'expiration de ce mandat; mais dans ces 60 jours, le gouvernement fixe la date qu'il veut, à la condition cependant que le recensement des votes qui suit le deuxième tour de scrutin puisse avoir lieu avant le jour de l'expiration des pouvoirs de la chambre renouvelée.

Au cas de dissolution, le délai dans lequel les collèges électoraux doivent être réunis est déterminé par l'art. 5, § 2 de la loi const. du 25 février 1875, modifié par la loi const. du 14 août 1884, art. 1 ainsi conçu : « En ce cas (au cas de dissolution), les collèges électoraux sont réunis pour de nouvelles élections dans le délai de deux mois et la chambre dans les 10 jours qui suivront la clôture des opérations électorales », c'est-à-dire le deuxième tour de scrutin.

La loi de 1875 disait : « En ce cas (au cas de dissolution), les collèges électoraux sont convoqués pour de nouvelles élections dans le délai de trois mois ». En 1877, après la dissolution prononcée par le maréchal de Mac-Mahon, le décret convoquant les électeurs pour le 14 octobre fut promulgué dans les trois mois de la dissolution qui avait été faite le 25 juin 1877; mais les élections du 14 octobre eurent lieu après l'expiration du délai de trois mois. On soutenait qu'il y avait là violation de l'art. 5, § 2 de la loi du 25 février 1875. Cf. *rapport* de M. H. Brisson lu à la séance de la chambre le 8 mars 1879. Comme à tout prendre la rédaction de la loi de 1875 prêtait à discussion, elle a été remplacée par la disposition précitée de 1884 qui est d'une clarté parfaite.

Au cas d'élection partielle par suite d'une vacance par démission, décès ou autrement, l'élection doit être faite dans le délai de trois mois à partir du jour où la vacance s'est produite (L. 30 novembre 1875, art. 16).

Mais il n'est point pourvu aux vacances qui surviennent dans les six mois qui précèdent le renouvellement de la chambre. Par exemple la chambre arrivant à l'expiration de ses pouvoirs le 31 mai 1906, il n'a pas été pourvu aux vacances survenues postérieurement au 30 novembre 1905.

107. Prohibition des candidatures multiples. — La règle seule conforme au principe démocratique et à la liberté électorale, c'est que tout citoyen puisse être candidat dans toutes les circonscriptions que bon lui semble, et que les électeurs puissent voter pour tout citoyen qu'il leur plaît choisir, alors même qu'il n'ait pas fait acte de candidature. Cependant la loi du 17 juillet 1889 prohibe les candidatures multiples, contrairement à ce principe.

Les lois électorales de la Restauration et de la monarchie de juillet avaient elles-mêmes respecté le principe. Il va sans dire que les lois électorales de la Révolution, la grande loi électorale du 15 mars 1849 et la loi organique du 30 novembre 1875 l'avaient aussi respecté. Le député élu dans plusieurs circonscriptions devait faire connaître son option dans les 10 jours qui suivaient la validation de ces élections (D. org. 2 février 1852, art. 7). A défaut d'option, la question devait être réglée par tirage au sort en séance publique (L. 15 mars 1849, art. 91). Au cas d'option, il devait être pourvu à la vacance dans le délai d'un mois (L. 30 novembre 1875, art. 16). Seul le second empire avait porté une restriction à la liberté des candidatures et à la liberté de choix des électeurs. Pour éviter le retour d'incidents provoqués par le refus de serment opposé par plusieurs députés républicains élus aux dernières élections, le sénatusconsulte du 17 février 1858 édicta la prohibition suivante : « Nul ne peut être élu député au corps législatif, si huit jours au moins avant l'ouverture du scrutin, il n'a déposé soit en personne, soit par un fondé de pouvoirs en forme authentique, au secrétariat de la préfecture du département dans lequel se fait l'élection, un écrit signé de lui, contenant le serment formulé dans l'art. 16 du sénatusconsulte du 25 décembre 1852... Il en est donné récépissé ».

La troisième république a suivi l'exemple du second empire. Sans doute elle n'exige point un serment préalable; mais par la loi du 17 juillet 1889, elle a cru devoir apporter une atteinte directe à la liberté des candidatures et à la liberté électorale. Cette loi a été provoquée par le mouvement boulangiste et a eu pour but d'éviter que le général Boulanger ne se fît élire dans plusieurs

circonscriptions et ne pût se présenter comme l'élu du peuple, en un mot, suivant l'expression consacrée, ne se fit *plébisciter*. A plusieurs reprises, on a proposé à la chambre des députés l'abrogation de cette loi; mais la chambre l'a toujours repoussée.

Aux termes de l'art. 1er de cette loi du 17 juillet 1889, nul ne peut être candidat dans plus d'une circonscription. Malgré la généralité de cette disposition, il a été bien entendu au moment du vote de la loi, et il n'est pas contesté qu'elle ne s'applique point aux élections sénatoriales, mais seulement aux élections des députés.

Pour garantir l'interdiction des candidatures multiples, la loi exige que tout citoyen qui se présente ou est présenté aux élections générales ou partielles fasse une déclaration de candidature signée ou visée par lui. Cette déclaration doit indiquer la circonscription dans laquelle la candidature est posée. Elle doit être faite le cinquième jour au plus tard avant l'ouverture du scrutin, à la préfecture du département où a lieu l'élection. Un récépissé provisoire doit être donné; et dans les vingt-quatre heures il doit être délivré un récépissé définitif. La déclaration peut, au reste, être libellée sur papier libre; elle n'est assujettie à aucun droit de timbre; elle peut être expédiée par lettre (L. 17 juillet 1889, art. 2 et circulaire ministre intérieur 29 août 1889). On décide que le candidat ne peut faire sa déclaration de candidature avant l'ouverture de la période électorale.

Puisque cette déclaration de candidature est exigée en vue d'éviter les candidatures multiples, on ne peut évidemment se déclarer candidat que dans une seule circonscription. Si des déclarations sont déposées par le même citoyen pour plus d'une circonscription, la première déclaration en date est seule valable, et si elles portent la même date, toutes sont nulles (L. 17 juillet 1889, art. 3).

Le législateur a voulu donner une sanction énergique aux obligations qu'il édicte. Pour cela, il décide que les bulletins qui seront au nom d'un citoyen qui

n'aurait pas fait une déclaration de candidature ou qui aurait fait une déclaration nulle, non seulement ne lui sont pas attribués, mais doivent être considérés comme des bulletins blancs et n'entrent pas en compte dans le résultat du dépouillement (L. 17 juillet 1889, art. 5). C'est là une dérogation importante au droit commun électoral, d'après lequel les bulletins portant un nom, alors même que ces bulletins soient nuls, doivent être comptés pour le calcul de la majorité. Ici les bulletins sont nuls et sont traités comme bulletins blancs. Il résulte de cela qu'alors même qu'un candidat, n'ayant pas fait de déclaration de candidature ou ayant fait une déclaration nulle, aurait la majorité, il ne devrait pas être proclamé élu par la commission de recensement, qui devrait proclamer celui des candidats qui, ayant fait une déclaration régulière, réunit le plus de voix, à la condition toutefois, bien entendu, qu'au premier tour le nombre de ses voix soit au moins égal à la moitié plus un des suffrages valablement exprimés et au quart des inscrits, suivant la règle générale. Au contraire, si un candidat inéligible réunissait la majorité exigée, la commission de recensement devrait le proclamer élu, sauf à la chambre à l'invalider. Dans tous les cas, c'est à la chambre à juger s'il y a eu déclaration de candidature régulière et à statuer sur l'élection; elle fait office de commission supérieure de recensement (cf. § 118).

C'est ainsi que la chambre en 1889 a validé l'élection de Joffrin qui avait fait une déclaration de candidature régulière, mais qui avait obtenu moins de voix que le général Boulanger, dont la déclaration de candidature avait été refusée parce qu'il était condamné par contumace, tous les bulletins à son nom étant regardés comme des bulletins blancs (chambre des députés, 9 décembre 1889).

Le législateur de 1889 a en outre établi certaines interdictions. Il est interdit de signer ou d'apposer des affiches, d'envoyer ou de distribuer des bulletins, des circulaires ou professions de foi dans l'intérêt d'un candidat qui n'a pas fait de déclaration de candidature

ou a fait une déclaration nulle. Les affiches, placards, professions de foi, bulletins de vote apposés ou distribués pour appuyer une candidature dans une circonscription où elle ne peut légalement être produite, doivent être enlevés ou saisis (art. 4 et 5).

Les différentes dispositions de la loi sont en outre sanctionnées par des pénalités. Le candidat qui contrevient aux dispositions de cette loi est puni d'une amende de 10.000 fr., ni plus ni moins; la loi ne fixe pas ici un minimum et un maximum. Toute personne qui aura contrevenu à la disposition de l'art. 4 (interdiction d'apposer des affiches, de distribuer des circulaires et des bulletins au nom d'un candidat qui n'a pas fait de déclaration) est punie d'une amende de 1.000 fr. à 5.000 fr. (art. 6).

La question s'est posée de savoir si les préfets pouvaient refuser la déclaration de candidature d'une personne inéligible. — A notre avis, le préfet ne peut certainement point se faire juge de l'inéligibilité d'un candidat, pas plus d'ailleurs que la commission de recensement. Le préfet doit toujours recevoir la déclaration de candidature, quelque notoire que soit l'inéligibilité de celui qui la fait, si elle est régulière en la forme, comme la commission de recensement doit proclamer un candidat élu s'il a obtenu la majorité requise par la loi, alors même qu'il soit notoirement inéligible. A la chambre seule il appartient de statuer sur la question d'éligibilité et d'annuler l'élection d'un inéligible. C'est une règle qui a été constamment suivie. Si l'on reconnaissait au préfet le pouvoir d'apprécier l'éligibilité d'un candidat et de refuser une déclaration de candidature sous prétexte qu'elle est faite par un candidat inéligible, on permettrait au préfet d'empiéter sur les pouvoirs donnés à la chambre par l'art. 10 de la loi const. du 16 juillet 1875 : « Chacune des chambres est juge de l'*éligibilité* de ses membres et de la régularité de leur élection ».

Cette solution a été donnée, au moment du vote de la loi du 17 juillet 1889, par le garde des sceaux, M. Thévenet, qui a dit : « Le projet de loi ne bouleverse en rien notre droit public qui reste entier. Le préfet n'est pas, à mon avis, juge des déclarations, et au parlement seul appartient toujours le droit de vérifier l'élection de ses membres » (séance du sénat du 15 juillet 1889). Dans sa circulaire du 29 août 1889, le ministre de l'intérieur, M. Constans, écrivait aux préfets : « Je vous rappelle que vous n'êtes pas les juges des questions d'inéligibilité d'ordre divers qui peuvent s'appliquer aux déclarants et qui appartiennent à la compétence de la chambre

des députés, chargée de vérifier les pouvoirs de ses membres ». Il est vrai que le ministre ajoutait que les préfets devraient refuser les déclarations de candidatures qui seraient visées par les condamnés par arrêt de la haute cour du 19 août 1889. Il s'agissait du général Boulanger contre lequel la loi avait été faite et de MM. Rochefort et Dillon, condamnés en même temps que lui. Le ministre se mettait en contradiction avec lui-même ; assurément les condamnés étaient frappés de dégradation civique ; mais leur élection soulevait une question d'éligibilité que, d'après la circulaire elle-même, seule la chambre pouvait juger. Cependant la chambre, à tort selon nous, accepta ce système. En effet, le général Boulanger ayant obtenu la majorité dans le XVIIIe arrondissement de Paris et le préfet ayant refusé sa déclaration, la chambre n'annula point son élection ; elle la considéra comme non avenue et valida l'élection de M. Joffrin, qui n'avait obtenu qu'un nombre inférieur de voix (séance du 9 décembre 1889). L'argument tiré du mot citoyen employé par l'art. 2 de la loi n'a aucune valeur, car si l'on en pouvait tirer argument, il faudrait dire que le préfet pourrait toujours apprécier l'éligibilité du candidat ; or certainement il ne le peut pas ; et dire qu'il le peut au cas d'inéligibilité notoire, ce n'est point donner une solution juridique. Dans la séance du 15 janvier 1891, sur une interpellation de M. Gauthier (de Clagny), M. Constans a affirmé à nouveau que les préfets ne peuvent point se faire juges de la question d'inéligibilité et semblé dire que la solution, donnée par sa circulaire du 29 août 1889 pour les condamnés de la haute cour, était exceptionnelle. Elle n'en était pas plus juridique pour cela.

La question s'est posée à nouveau, le 17 février 1902, à propos de l'élection de M. Villault-Duchesnois, inéligible dans la Manche, parce qu'il avait été sous-préfet dans ce département. M. Gauthier (de Clagny) demanda qu'il fût admis « qu'en aucun cas, sous aucun prétexte, pour quelque cause que ce soit, un préfet ne peut refuser une déclaration de candidature ». M. Waldeck-Rousseau, président du conseil, soutint qu'il fallait distinguer entre le cas d'une simple inéligibilité prononcée par les lois électorales dont, en effet, le préfet ne pouvait se faire juge, et le cas de dégradation civique où il était certain que le préfet ne devait pas recevoir la déclaration. Cette distinction n'avait rien de juridique. Aussi M. Viviani proposa-t-il la résolution suivante qui nous paraît être la vérité : « La chambre, seule juge de sa souveraineté en matière de vérification des pouvoirs, décide qu'elle a seule qualité pour apprécier au point de vue juridique les *candidatures* et les élections législatives ». Objet d'un rapport favorable de M. Klotz (5 mars 1902), cette proposition n'est cependant pas venue en discussion.

Le 24 mars 1902, au cours d'un débat sur une proposition relative à une modification de la loi du 17 juillet 1889, la chambre a voté cet amendement de M. Gauthier (de Clagny) : « Sauf en cas de multiplicité de candidatures, le préfet ne peut refuser de délivrer à un

candidat le récépissé définitif de sa déclaration ». Cependant le lendemain (25 mars 1902), la chambre votait, sur la proposition de MM. Renou et Allemane, le texte suivant, qui était en contradiction avec le premier : « Sont et demeurent inéligibles les condamnés de la haute cour et les membres des familles ayant régné en France, et, de ce fait, sont considérées comme nulles et non avenues leurs déclarations de candidature ». Mais la délibération, suspendue par un renvoi à la commission, n'a jamais été reprise, et la loi du 17 juillet 1889 n'a reçu aucun changement.

Cf. sur tous ces points, *Répert. droit adm.*, v° *Elections*, n° 370 ; Pierre, *Droit politique et parlementaire*, 2e édit., 1902, p. 199 et *Supplément*, 1906, p. 98 et suiv.

Il faut noter que les dispositions de la loi du 17 juillet 1889 ne s'opposent point à ce qu'un individu, déjà député d'une circonscription, soit régulièrement candidat dans une autre circonscription à une élection partielle et y soit régulièrement élu. Il y a eu plusieurs exemples d'élections faites dans ces conditions et validées sans objection par la chambre. Il est évident qu'en pareil cas, l'individu déjà député et élu dans une autre circonscription, doit donner sa démission aussitôt après la validation de la nouvelle élection, et qu'il doit être pourvu à son remplacement dans le délai de trois mois de l'art. 16 de la loi du 30 novembre 1875, et non pas dans le délai d'un mois fixé par le même article pour le cas d'option. Il n'y a pas, en effet, ici option, mais véritablement démisssion.

108. Election des sénateurs. — Il y a eu à cet égard, en 1884, un changement important dans notre législation politique.

A la suite de nombreuses péripéties qu'il n'y a pas lieu de raconter ici (cf. Duguit et Monnier, *Les constitutions de la France, Notices historiques*, p. CXLIX et suiv. ; Duguit, *L'élection des sénateurs*, *Revue politique et parlementaire*, août 1895), l'Assemblée nationale de 1875 votait la loi constitutionnelle du 24 février 1875. Elle créait un sénat composé de 300 membres, dont 75 sénateurs inamovibles ou à vie et 225 sénateurs élus par les départements. Les 75 premiers sénateurs inamovibles devaient être élus par l'Assemblée nationale avant de se séparer, au scrutin de liste et à la majorité absolue des suffrages. Au cas de vacance d'un siège de sénateur inamovible, il devait être pourvu au remplacement par le sénat lui-même dans les deux mois de la vacance (cf. L. const. 24 février 1875, art. 1, 5 et 7). Les 225 sénateurs élus par les départements étaient répartis entre les départements et les colonies par la loi constitutionnelle elle-même, qui fixait le nombre des sénateurs que devaient élire chaque département et chaque colonie (L. const. 24 février 1875, art. 2). Les sénateurs des départements et des colonies étaient élus, à la majorité absolue et au scrutin de liste, par un collège réuni au chef-lieu du département ou de la colonie

et composé : 1° des députés; 2° des conseillers généraux ; 3° des conseillers d'arrondissement; 4° des délégués élus, *un par chaque conseil municipal,* parmi les électeurs de la commune. Dans l'Inde française, les membres du conseil colonial et des conseils locaux étaient déclarés substitués aux conseillers généraux, aux conseillers d'arrondissement et aux délégués des conseils municipaux (L. const. 24 février 1875, art. 4).

D'après ce système, les sénateurs des départements étaient élus par les élus du suffrage universel (députés, conseillers généraux et d'arrondissement) et par les délégués des élus du suffrage universel (délégués des conseils municipaux). Ils sortaient ainsi du suffrage universel à 2 ou 3 degrés. Mais ce qui formait le caractère essentiel du système, c'était que, quelle que fût l'importance de la commune, à Paris comme dans les plus petites communes de France, chaque conseil municipal ne nommait qu'un seul délégué. On essayait de justifier ce système en disant que la commune est le groupe social par excellence, qu'il est l'unité sociale la plus ancienne et la seule qui ait conservé une véritable autonomie dans la France moderne, qu'en faisant donc de la commune l'unité électorale pour les élections sénatoriales, on faisait du sénat le représentant des groupes sociaux à côté de la chambre représentant les individus. Gambetta appellera lui-même le sénat le « *grand conseil des communes françaises* » (Discours de Belleville, 23 avril 1875, *Année politique,* 1875, p. 937, et *Discours* publiés par J. Reinach, IV, p. 314). Rapp. Schæffle, *Deutsche Kern und Zeitfragen,* 1894, I, p. 120 et suiv.

La vérité est que la majorité monarchiste de l'Assemblée nationale, qui votait une constitution républicaine parce qu'elle ne pouvait pas faire autrement, voulait faire du sénat un corps conservateur et pondérateur et pensait obtenir ce résultat en assurant pour l'élection des sénateurs la prépondérance aux très nombreuses communes rurales qui devaient, croyait-on, constituer pour longtemps encore l'élément conservateur, voire même réactionnaire du pays. Les événements devaient d'ailleurs démentir ces prévisions.

Il faut ajouter que, d'après l'art. 6 de la loi du 24 février 1875, les sénateurs des départements étaient élus pour neuf ans et renouvelables par tiers tous les trois ans. La loi ordinaire du 2 août 1875 vint régler le détail des élections sénatoriales (cf. *infra* et § 109).

Le parti républicain avait voté le projet Wallon, devenu la loi du 24 février 1875, sur les conseils de Gambetta, à titre de transaction, considérant que l'essentiel était d'aboutir au vote d'une constitution républicaine. Mais dans la pensée de beaucoup de ses membres, il n'y avait là qu'un régime provisoire qui devait être modifié dans le sens démocratique dès que les républicains auraient la majorité dans les deux chambres. Le premier renouvellement triennal du sénat en 1879 donna la majorité aux républicains dans le sénat. M. Grévy, républicain, remplaçait le maréchal de Mac Mahon à la

présidence de la république au mois de février 1879. Les élections du mois d'août 1881 se faisaient sur la question de la revision de la constitution et de la réforme du sénat. Le ministère Gambetta essaya de faire voter cette revision; mais il échoua; il fut renversé le 26 janvier 1882 (cf. § 149). Plus habile ou plus heureux le ministère Jules Ferry sut la mener à bonne fin et fit voter la loi const. du 14 août 1884 et la loi ordinaire du 9 décembre 1884 qui vinrent réaliser la réforme du sénat.

Sur la demande de Jules Ferry, l'assemblée nationale ne procéda point elle-même à la réforme; elle se borna à décider que « les articles 1 à 7 de la loi constitutionnelle du 24 février 1875, relatifs à l'organisation du sénat, n'auraient plus le caractère constitutionnel ». Dès lors l'organisation du sénat pouvait être réglée par une loi ordinaire, et ainsi pour la réforme à accomplir le sénat avait les mêmes droits que la chambre et rien ne pouvait se faire sans son consentement. Cette loi ordinaire, qui est venue modifier le recrutement du sénat et qui règle aujourd'hui sa nomination, est la loi du 9 décembre 1884, qui a déclaré abrogés les art. 1 à 7 de la loi du 24 février 1875 (art. 9), et qui doit se combiner avec la loi du 2 août 1875, dont les articles 24 et 25 ont été abrogés et dont plusieurs articles ont été modifiés par la loi du 9 décembre 1884 (art. 8 et 9). Ainsi l'organisation entière du sénat comme celle de la chambre est aujourd'hui réglée par des lois qui n'ont point le caractère de lois constitutionnelles.

Malgré la réforme du recrutement sénatorial opérée en 1884, on a plusieurs fois proposé de modifier le régime électoral du sénat, et toujours dans le sens de l'élargissement démocratique du corps électoral qui le nomme. En 1896, la commission nommée pour l'examen des propositions Maurice Faure et Guillemet proposa à la chambre un projet d'après lequel les délégués sénatoriaux seraient nommés au suffrage universel dans chaque commune. V. le rapport de M. Trouillot, *J. off., doc. parlem.*, chambre, 1896, p. 1265. Le projet fut voté par la chambre le 16 novembre 1896. Mais transmis au sénat, il fut ajourné par la haute assemblée et jamais n'y a été repris. Le 9 décembre 1905, le *Petit Temps* annonçait le dépôt à la chambre des députés, par M. Louis Martin, député du Var, de deux propositions tendant, la première à fixer à six ans au lieu de neuf la durée du mandat sénatorial et à appliquer au sénat le renouvellement par tiers tous les deux ans, et la seconde tendant à faire élire les délégués sénatoriaux, non plus par les conseils municipaux, mais par le suffrage universel. V. dans le même sens une nouvelle proposition de M. Guillemet, 15 juin 1906, *J. off., doc. parl.*, chambre, sess. ord. 1906, p. 601.

Nous sommes partisan de cette dernière réforme. Le système de 1875 maintenu par la loi de 1884 a le grave tort d'introduire la politique dans les conseils municipaux qui devraient y rester complètement étrangers, être élus uniquement en vue de la bonne

gestion des affaires communales et ne songer qu'à cette mission. Cf. notre article, *L'élection des sénateurs*, *Revue politique et parlementaire*, août et septembre 1895. V. aussi une proposition de M. Breton (2 juillet 1906), tendant à l'élection des sénateurs au suffrage universel et direct.

La loi du 9 décembre 1884 a supprimé les sénateurs inamovibles et décidé que désormais le sénat se composera de trois cents sénateurs élus par les départements et les colonies. Cependant les sénateurs inamovibles existant au moment du vote de la loi ont été maintenus en fonction; mais on ne procède plus à leur renouvellement (art. 1). La loi a augmenté le nombre des sénateurs attribués par la loi de 1875 à certains départements : ainsi le département de la Seine, qui d'après la loi de 1875 ne devait élire que 5 sénateurs, élira désormais 10 sénateurs; le département du Nord, qui devait en élire 5, en élira 8; le département de la Gironde, qui devait en élire 4, en élira 5. Les sièges des sénateurs inamovibles doivent être répartis par voie de tirage au sort, au fur et à mesure des vacances, entre les départements dont le nombre des sénateurs est augmenté par la loi de 1884.

A cet effet on a mis dans une urne autant de fois le nom des départements dont le nombre des sénateurs est augmenté qu'il y a de sièges nouveaux attribués à ces départements; par exemple on a mis cinq fois le nom du département de la Seine, trois fois le nom du département du Nord, une fois le nom du département de la Gironde. On ne procède toutefois ainsi que depuis le 4 mars 1898. Sur le changement de procédure à cette époque, cf. Moreau, *Revue du droit public,* 1899, p. 457. Quand un sénateur inamovible meurt, dans la huitaine il est procédé en séance publique, par le président du sénat, à un tirage au sort pour déterminer le département qui aura à élire un sénateur. Cette élection doit avoir lieu dans le délai de trois mois à partir du tirage au sort. Toutefois si la vacance survient dans les six mois qui précèdent le renouvellement triennal, il n'y est pourvu qu'au moment du renouvellement. Le mandat ainsi conféré doit expirer en même temps que celui des autres sénateurs appartenant au même département (L. 9 décembre 1884, art. 3). Il arrivera ainsi fatalement un moment où il n'y aura plus de sénateurs inamovibles et où tous leurs sièges auront été répartis entre les départements dont la loi de 1884 a augmenté le nombre des sénateurs. On n'est pas bien loin de ce moment-là.

Pour la suppression des inamovibles, on a dit : c'est là une institution anti-démocratique, parce que dans une vraie démocratie il ne peut pas y avoir de fonctionnaires à vie, partant irresponsables. La raison n'est pas très bonne parce que le caractère de sénateur à vie n'exclut point véritablement la responsabilité. D'autre part, les membres du parlement ne doivent pas être considérés comme les représentants d'une circonscription électorale déterminée, mais comme les représentants du pays tout entier (cf. *supra*, § 52) et l'on

ne peut point refuser ce caractère à des membres du sénat nommés par le sénat lui-même et presque toujours choisis parmi des hommes de grand mérite et de forte expérience. Leur présence au parlement ne peut qu'être utile au pays ; elle est une garantie de prudence dans les conseils, de sagesse dans les décisions, de continuité dans la politique. Ce sont les idées qu'exprimait en un très beau langage Schérer dans son discours au sénat. Il disait notamment : « La conséquence de la révolution qui s'est accomplie dans la théorie et la pratique du suffrage universel est que nous sommes désormais livrés au mandat impératif, et le principal mérite des sièges inamovibles au sénat a toujours été de constituer une protestation contre un si grand mal, d'offrir en quelque sorte à la vérité électorale un asile contre cette corruption du régime républicain » (séance du 4 novembre 1884, *Année politique*, 1884, p. 391). Le sénat vota cependant la suppression des inamovibles, mais en décidant que 75 sénateurs, sans être inamovibles, seraient élus par le sénat seul. Ce texte ne fut point adopté par la chambre ; et finalement le 8 décembre 1884, le sénat vota le texte, voté par la chambre, de l'art. 3 que l'on vient d'expliquer.

La loi du 9 décembre 1884 a supprimé la règle de 1875 d'après laquelle chaque conseil municipal nommait un seul délégué sénatorial, quelle que fût l'importance de la commune. Elle a décidé que les conseils municipaux nommeraient chacun un nombre de délégués sénatoriaux variant suivant le nombre légal des membres du conseil municipal.

Les conseils composés de dix membres élisent un délégué ; ceux composés de douze membres, deux délégués ; ceux composés de seize membres, trois délégués ; ceux composés de vingt-un membres, six délégués ; ceux composés de vingt-trois membres, neuf délégués ; ceux composés de vingt-sept membres, douze délégués ; ceux composés de trente membres, quinze délégués ; ceux composés de trente-deux membres, dix-huit délégués ; ceux composés de trente-quatre membres, vingt-un délégués ; les conseils composés de trente-six membres et au-dessus élisent vingt-quatre délégués ; le conseil municipal de Paris élit trente délégués. Le conseil municipal de Pondichéry élit cinq délégués ; celui de Karikal, trois délégués ; toutes les autres communes de l'Inde française, chacune deux délégués (L. 9 décembre 1884, art. 6).

En résumé, d'après la loi du 9 décembre 1884, les sénateurs sont élus dans chaque département et colonie au scrutin de liste par un collège électoral qui se réunit au chef-lieu du département ou de la colonie et qui se compose : 1° des députés ; 2° des conseillers

généraux ; 3° des conseillers d'arrondissement ; 4° des délégués élus par les conseils municipaux en nombre variant suivant le nombre des conseillers municipaux (L. 9 décembre 1884, art. 6).

Les vives critiques que souleva la loi de 1875 sur le recrutement du sénat étaient fondées : le sénat de 1875 représentait les communes rurales et non point les communes de France. Le seul moyen de donner satisfaction à ces critiques eût été d'établir une représentation distincte des villes et des campagnes. Ce système est trop complexe pour l'esprit simpliste de nos hommes politiques La législation de 1884 a laissé substituer l'antinomie de 1875 ou du moins n'a fait que déplacer la prépondérance sans organiser la représentation des groupes communaux. Ainsi d'après la loi de 1884, les onze villes de plus de 100.000 habitants, dont la population sans compter Paris dépasse 2 millions d'habitants, ont 264 délégués. quand les 370 communes de moins de 100 habitants ont 370 délégués. En 1875 on donnait la prépondérance aux campagnes, en 1884 on l'a donnée aux centres urbains de moyenne importance : ainsi Lyon a un délégué pour 20.000 habitants environ, Bordeaux a un délégué pour 13.000 habitants, et les villes d'une population moyenne de 5.000 âmes un délégué pour 500 habitants environ.

Durée du mandat sénatorial. — Les sénateurs sont élus pour neuf ans. Et le sénat se renouvelle tous les trois ans par tiers.

En 1876, après les premières élections générales sénatoriales de janvier, on divisa par ordre alphabétique les départements et les colonies en trois séries comprenant chacune le tiers des sénateurs. et chacune des séries fut désignée par les lettres A, B et C. On tira au sort l'ordre de renouvellement : la série B sortit la première ; la série C la seconde et la série A la troisième. Ainsi les sénateurs de la série B, élus en 1876, ont été soumis au renouvellement en 1879, ceux de la série C en 1882, ceux de la série A en 1885, et à partir de cette date chaque série doit être renouvelée tous les neuf ans, dans le même ordre (L. 9 décembre 1884, art. 7).

Les collèges électoraux sénatoriaux doivent être convoqués par un décret du président de la république comme tous les collèges électoraux. Pour les délais dans lesquels cette convocation doit être faite, il faut distinguer les élections d'une série sortante et les élections partielles.

Pour les élections d'une série sortante, le décret du président de la république doit être rendu au moins six semaines avant le jour fixé pour l'élection ; le même

décret fixe le jour où doivent être choisis les délégués des conseils municipaux, à une date telle qu'il y ait au moins un intervalle d'un mois entre le choix des délégués et l'élection des sénateurs (L. 2 août 1875, art. 2). Les élections pour la série sortante doivent être faites avant le jour où les pouvoirs de ladite série arrivent à expiration. Cette solution nous paraît ne pas pouvoir faire de doute. Si le législateur a établi le renouvellement partiel du sénat, c'est pour qu'il soit toujours au complet ; il n'en serait pas ainsi s'il pouvait s'écouler un délai quelque court qu'il fût entre le jour de l'élection et le jour de l'expiration des pouvoirs de la série sortante.

Cependant, en 1884, M. Waldeck-Rousseau, alors ministre de l'intérieur, a soutenu le contraire. En 1900, les élections furent fixées au 28 janvier 1900 pour le renouvellement de la série C qui avait été élue le 4 janvier 1891. A notre avis, il y avait là quelque chose d'irrégulier. Cependant, d'après M. Pierre, il résulte des explications échangées le 23 décembre 1899 au sénat, que le gouvernement ne viole pas la loi en fixant une date de renouvellement plus éloignée que la date du renouvellement précédent de la série ou plus éloignée que le deuxième mardi de janvier (jour où commence légalement la session ordinaire) et que les sénateurs soumis au renouvellement cessent d'être sénateurs au plus tard le lendemain du jour où finit la neuvième année à partir du jour de leur élection. Mais il y a là quelque chose de contradictoire; pendant l'intervalle, le sénat sera privé d'un tiers de ses membres ; en réalité il n'y aura pas de sénat ; et d'autre part on laisse ainsi un pouvoir arbitraire au gouvernement, qui pourrait retarder indéfiniment la fixation du jour de l'élection pour le renouvellement du tiers sortant. Cf. Pierre, *Droit politique,* 2e édit., 1902, p. 321 ; Moreau, *Revue du droit public,* 1902, II, p. 345.

Une question connexe, mais différente, est celle de savoir quand finissent les pouvoirs de la série sortante. La question se posa dès 1878. Les premières élections sénatoriales ayant eu lieu le 30 janvier 1876, le gouvernement, par un décret du 8 octobre 1878, fixa au 5 janvier 1879 la date des élections pour le renouvellement de la série sortante B ; on se demanda dans ces conditions si les pouvoirs des sénateurs élus en 1876 ne prendraient fin qu'au 30 janvier ou à l'expiration de l'année 1878, les pouvoirs des sénateurs élus devant commencer le jour de leur élection. La solution qui nous paraît d'une évidence logique et seule conforme au texte de la loi, c'est que les pouvoirs des sénateurs élus en 1876 devaient durer jusqu'au 30 janvier 1879 et les pouvoirs des sénateurs élus en 1879 ne

commencer qu'à cette date. On pouvait même soutenir que les pouvoirs de la série sortante en 1879 ne devaient expirer que le 8 mars 1879 et, d'une manière générale, que tous les trois ans les pouvoirs de la série sortante n'expirent que le 8 mars; cela serait l'application tout à fait correcte et peut-être seule correcte de l'art. 10, § 2 de la loi const. du 24 février 1875 qui porte « que le sénat entre en fonctions et se constituera le jour même où l'Assemblée nationale se séparera » et de la loi du 30 décembre 1875 portant : « Le sénat et la chambre des députés se réuniront à Versailles le 8 mars 1876. Les pouvoirs de l'Assemblée nationale prendront fin le jour de la réunion ». Mais cependant ni l'une ni l'autre de ces solutions n'a prévalu dans la pratique. En fait on décida que les pouvoirs des sénateurs élus le 30 janvier 1875 expiraient le 5 janvier 1876, date du renouvellement et que les pouvoirs des sénateurs élus à l'élection de renouvellement, commençaient à cette date. On disait que les sénateurs élus en 1876 avaient siégé pendant trois sessions ordinaires et qu'ils ne pouvaient pas se plaindre, qu'ils avaient ainsi épuisé leur pouvoir. Cette solution, qui peut présenter quelque avantage pratique, n'est point d'accord avec les textes. Finalement les pouvoirs de la série sortante expirent au jour des élections pour le renouvellement quand ce jour est antérieur à l'achèvement de la troisième année après l'élection, à la condition que les sénateurs de cette série aient siégé pendant trois sessions ordinaires; et ils expirent au plus tard au jour où s'achève la troisième année qui suit l'élection quand la date des élections de renouvellement est postérieure à ce jour. Telle est la pratique suivie. Nous croyons, avec M. Moreau, qu'elle est tout à fait incorrecte. Cf. Moreau, *Revue du droit public*, 1902, II, p. 338 et suiv.

Pour les élections partielles, il doit être pourvu au remplacement dans le délai de trois mois à partir du jour où s'est produite la vacance survenue par décès ou démission. Le décret de convocation doit toujours être porté au moins six semaines avant le jour fixé pour l'élection; et les élections des délégués doivent avoir lieu au moins un mois avant l'élection sénatoriale elle-même. Si une vacance survient dans les six mois qui précèdent le renouvellement triennal, il n'y est pourvu qu'au moment de ce renouvellement (L. 2 août 1875, art. 23 modifié par la loi du 9 décembre 1884, art. 8).

Lorsqu'il y a lieu de procéder à l'élection d'un sénateur attribué par voie de tirage au sort à un département en remplacement d'un sénateur inamovible

décédé, par application de l'art. 3 de la loi du 9 décembre 1884, l'élection doit avoir lieu dans le délai de trois mois à partir du tirage au sort, qui doit avoir lieu lui-même dans la huitaine de la vacance. Cependant si la vacance survient dans les six mois qui précèdent le renouvellement triennal, il ne doit y être pourvu qu'au moment du renouvellement (L. 9 décembre 1884, art. 2 et 3).

On a vu plus haut que la loi du 17 juillet 1889, qui prohibe les candidatures multiples, ne s'applique point aux élections sénatoriales : la même personne peut donc être élue dans plusieurs départements. En ce cas, le sénateur élu par plusieurs départements doit faire connaître son option au président du sénat dans les dix jours qui suivent la validation de son élection. A défaut d'option dans ce délai, la question est décidée par la voie du sort et en séance publique. Il doit être pourvu à la vacance dans le délai d'un mois et par le même collège électoral que celui qui a fait la première élection (L. 2 août 1875, art. 22, § 1 et 2).

Aux termes de ce même art. 22, § 3, lorsqu'une élection sénatoriale est invalidée, il doit être procédé à la nouvelle élection dans le délai d'un mois et par le même collège électoral que celui qui a fait l'élection invalidée.

109. Opérations électorales sénatoriales. — Le premier acte de cette opération très complexe qu'est l'élection des sénateurs est l'élection de leurs délégués par les conseils municipaux. Le jour de cette élection est fixé par le décret qui convoque le collège électoral sénatorial; et elle doit avoir lieu au moins un mois avant le jour de l'élection sénatoriale (L. 2 août 1875, art. 1). On va voir par ce qui suit pourquoi le législateur exige ce délai minimum d'un mois entre les deux élections.

Ce sont les conseils municipaux en exercice qui ont le droit de choisir les délégués. Dans le cas où dans une commune aurait été instituée une délégation spéciale en vertu de l'art. 44 de la loi du

5 avril 1884, les délégués sénatoriaux sont nommés par l'ancien conseil (L. 2 août 1875, art. 3, modifié par la loi du 9 décembre 1884, art. 8). Dans le cas où une commune n'aurait pas de conseil municipal par suite d'une annulation antérieure des élections municipales ou par toute autre cause, il n'y aura pas de nomination de délégué, personne ne pouvant être convoqué. Si les élections municipales sont seulement contestées, comme cette contestation n'a pas d'effet suspensif, il est certain que c'est le conseil municipal contesté qui doit nommer les délégués. S'il y a des vacances dans le conseil municipal, il n'y a point à y pourvoir avant l'élection des délégués, alors même que le conseil municipal serait réduit aux trois quarts de ses membres.

Si un conseil municipal n'a pas pu procéder à l'élection de ses membres au jour fixé par le décret, une nouvelle convocation peut lui être adressée par arrêté du préfet (Cons. d'Etat, 31 décembre 1878).

On applique, en ce qui touche la réunion du conseil municipal pour la nomination des délégués sénatoriaux, toutes les règles de forme et de procédure établies par la loi municipale du 5 avril 1884, notamment la disposition de l'art. 50 d'après laquelle les conseils municipaux ne délibèrent valablement que lorsque la majorité des membres en exercice sont présents. Dans le cas où le conseil municipal ne se réunit pas en nombre suffisant pour délibérer au jour fixé par le décret, on applique la disposition de l'art. 1, § 3 de la loi du 30 décembre 1875 : « Les conseils municipaux qui ne se réuniraient pas en nombre suffisant pour délibérer seront convoqués par le maire à une seconde et s'il y a lieu à une troisième réunion.... Le délai entre chaque convocation et le jour de la réunion est réduit à un jour franc ». Cette loi du 30 décembre 1875 était une loi transitoire relative à la transmission des pouvoirs publics ; mais sur ce point elle établissait une règle générale. Il faut au reste la combiner avec l'art. 50 de la loi du 5 avril 1884 : à la troisième séance, l'élection peut avoir lieu quel que soit le nombre des membres présents.

L'annonce de la séance doit être affichée. La séance est publique comme toutes les séances des conseils municipaux (L. 5 avril 1884. art. 54). La présidence et la direction des opérations appartiennent au maire (même loi, art. 52).

L'élection a lieu sans débat, au scrutin *secret*, et le cas échéant au scrutin de liste, à la majorité absolue des suffrages. Après deux tours de scrutin, la majorité relative suffit, et en cas d'égalité des suffrages, le plus âgé est élu (L. 2 août 1875, art. 2, §§ 1 et 2 modifié par la loi du 9 décembre 1884, art. 8).

L'heure de l'ouverture de la séance peut être fixée par le préfet; mais elle peut être fixée par le maire dans les lettres de convocation. Le dépouillement ne doit être fait qu'une heure après l'ouverture de la séance (D. 3 janvier 1876).

Le procès-verbal des opérations doit être rédigé immédiatement par le secrétaire, signé par tous les membres présents et transcrit sur le registre des délibérations. Un exemplaire doit immédiatement être adressé au préfet, et une copie en est affichée à la porte de la mairie (L. 2 août 1875, art. 5, modifié par la loi du 9 décembre 1875, art. 8). Le procès-verbal doit mentionner l'acceptation ou le refus des délégués élus présents à la séance (même article).

On a indiqué (§ 108) le nombre des délégués à élire par chaque conseil municipal (L. 9 décembre 1884, art. 6). Outre la nomination des délégués, la loi a prescrit la nomination d'un certain nombre de suppléants destinés à remplacer les délégués au cas de refus ou d'empêchement. Ils sont nommés exactement dans les mêmes conditions que les délégués.

Les conseils qui ont un, deux ou trois délégués à élire nomment un suppléant. Ceux qui élisent six ou neuf délégués nomment deux suppléants; ceux qui élisent douze ou quinze délégués nomment trois suppléants; ceux qui élisent dix-huit ou vingt et un délégués nomment cinq suppléants. Le conseil municipal de Paris nomme huit suppléants (L. 2 août 1875, art. 2, § 2, modifié par la loi du 9 décembre 1884, art. 8).

Les délégués et les suppléants doivent être choisis parmi les membres du conseil municipal ou parmi les électeurs de la commune. Il n'est pas nécessaire d'être électeur dans la commune si l'on y est conseiller municipal. Mais un électeur de la commune peut y être nommé délégué ou suppléant alors même qu'il n'y soit pas conseiller municipal (L. 2 août 1875, art. 2, § 4, et L. 9 décembre 1884, art. 6, nº 4). Un individu, conseiller municipal dans une commune et électeur dans une autre, pourrait être nommé dans les deux, mais à la charge, bien entendu, d'opter pour l'une des communes.

L'art. 2, § 3 de la loi du 2 août 1875 décide que le choix des conseillers municipaux ne peut porter ni sur un député, ni sur un conseiller général, ni sur un conseiller d'arrondissement. Ces personnes sont électeurs de droit et très justement le législateur n'a pas voulu que deux qualités électorales se confondissent en la même personne. Mais sauf cette réserve, tous les

fonctionnaires, quels qu'ils soient, peuvent être délégués sénatoriaux, s'il n'y a pas d'incompatibilité expressément établie par la loi.

L'interdiction d'élire comme délégué sénatorial un député, un conseiller général ou un conseiller d'arrondissement est générale; dans chaque département elle s'applique même à ceux qui sont députés, conseillers généraux ou d'arrondissement dans un autre département. Si, en effet, un député d'un autre département était élu délégué dans le département, il pourrait se faire qu'il votât deux fois, une fois dans le département dont il est député, et une fois dans le département où il est délégué; or le double vote est interdit et par l'art. 9 *in fine* de la loi du 2 août 1875 et par les art. 31 et 34 du décret organique du 2 février 1852. Cf. en ce sens Pierre, *Droit politique*, 2e édit., 1902, p. 164.

Les délégués ou suppléants présents à la séance où ils sont élus doivent immédiatement accepter ou refuser, et leur acceptation ou leur refus doit être mentionné au procès-verbal. S'ils ne sont pas présents, notification de leur élection doit leur être faite dans les vingt-quatre heures par les soins du maire. Ils doivent faire parvenir dans les cinq jours au préfet l'avis de leur acceptation. En cas de refus ou de silence, ils sont remplacés par les suppléants qui sont alors portés sur la liste électorale sénatoriale comme délégués de la commune (L. 2 août 1875, art. 4, modifié par la loi du 9 décembre 1884, art. 8). Si tous les délégués et tous les suppléants refusaient ou décédaient, il serait procédé à une nouvelle nomination par le conseil municipal au jour fixé par arrêté du préfet (L. 2 août 1875, art. 8, § 3 *in fine*, modifié par la loi du 9 décembre 1875, art. 8).

Un tableau des résultats de l'élection des délégués et suppléants est dressé dans la huitaine par le préfet; ce tableau est communiqué à tout requérant; il peut être copié et publié. Tout électeur a de même la faculté de prendre dans les bureaux de la préfecture communication et copie de la liste par commune des conseillers municipaux du département, et dans les bureaux des sous-préfectures de la liste par commune des conseillers municipaux de l'arrondissement (L. 2 août 1875, art. 6).

Du contentieux des élections des délégués sénatoriaux. — Il appartient au conseil de préfecture du département, dans les colonies au conseil privé, en première instance, et en appel au conseil d'Etat (L. 2 août 1875, art. 8, § 1, modifié par la loi du 9 décembre 1884, art. 8).

Des protestations peuvent être formées contre l'élection des délégués sénatoriaux, d'abord par les conseillers municipaux présents à la séance, et leur protes-

tation doit être insérée au procès-verbal de l'élection (L. 2 août 1875, art. 5, modifié par la loi du 9 décembre 1884). En outre, tout électeur de la commune peut critiquer l'élection des délégués sénatoriaux. La protestation doit être adressée directement au préfet dans les trois jours (L. 2 août 1875, art. 7). Le droit de critiquer par la voie contentieuse l'élection des délégués sénatoriaux appartient aussi au préfet (L. 1875, art. 7).

Le conseil de préfecture doit statuer dans le plus bref délai possible afin de permettre au conseil municipal de procéder s'il y a lieu à l'élection de nouveaux délégués. On applique l'art. 38 de la loi du 5 avril 1884, d'où il suit que le conseil de préfecture doit statuer dans le délai d'un mois du jour de l'enregistrement des pièces à son greffe, faute de quoi il est dessaisi, et le recours peut être porté au conseil d'Etat.

Appel de la décision du conseil de préfecture est toujours possible devant le conseil d'Etat, et on applique encore ici la loi municipale (art. 40). L'appel peut être formé soit par les parties intéressées, soit par le préfet. Il doit être formé dans le délai d'un mois, délai qui court à l'égard du préfet à partir de la décision et à l'égard des parties du jour de la notification. On est d'accord pour appliquer les autres dispositions de cet article 40 relatives à la procédure à suivre, à la dispense du ministère d'un avocat au conseil d'Etat et de tous frais, même de timbre.

Si la nomination d'un ou de plusieurs délégués est annulée, ils sont remplacés par les délégués suppléants (L. 2 août 1875, art. 8, § 2, modifié par la loi du 9 décembre 1884, art. 8). Si la nomination des délégués et des suppléants est annulée, le conseil municipal doit être appelé par arrêté du préfet à élire de nouveaux délégués (L. 2 août 1875, art. 8, § 3, modifié par la loi du 9 décembre 1884, art. 8).

Il arrivera souvent que, au jour de l'élection des sénateurs, il n'aura pas été statué définitivement sur l'élection des délégués sénatoriaux. Il faut appliquer la règle que les recours en matière administrative ne sont pas suspensifs. Les délégués élus, mais dont l'élection est critiquée, voteront. Si l'élection a été annulée par le conseil de préfecture, on procède comme il est dit à l'art. 8, alors même qu'un recours soit formé devant le conseil d'Etat ; ce recours ne doit pas changer, tant qu'il n'est pas jugé, la situation créée par la décision du conseil de préfecture. Cf. *Répert. droit adm.*, v° *Elections*, n° 64. Il va sans dire que si le sénat valide l'élection

du sénateur avant que les juridictions administratives aient statué sur la régularité de l'élection des délégués, celles-ci se trouvent par là même dessaisies.

Réunion des électeurs sénatoriaux. — Huit jours au moins avant la date des élections, le préfet du département, ou le directeur de l'intérieur dans les colonies, dresse par *ordre alphabétique* la liste des électeurs sénatoriaux. Il y porte sans distinction les électeurs de droit (députés, conseillers généraux, conseillers d'arrondissement) et les délégués des conseils municipaux ou leurs suppléants (quand ils doivent être remplacés par ceux-ci conformément à l'art. 4 précédemment expliqué).

Doivent être portés sur la liste électorale les députés qui ont été proclamés élus par les commissions de recensement, alors même que leurs pouvoirs n'aient pas encore été vérifiés, et les conseillers généraux et les conseillers d'arrondissement dont l'élection est arguée de nullité, mais n'est pas encore jugée par la juridiction saisie (L. 2 août 1875, art. 8 et 9). On doit y porter aussi les délégués sénatoriaux dont l'élection est attaquée, mais pas encore jugée (cf. *supra*).

Chaque électeur ne peut avoir plus d'un suffrage et ne peut par conséquent être porté plusieurs fois sur la liste ; c'est pour cela, on l'a vu, qu'un député, un conseiller général ou un conseiller d'arrondissement ne peut pas être élu délégué sénatorial (L. 2 août 1875, art. 9 *in fine* et 2, § 3). Il suit de là aussi qu'un député qui, comme cela arrive souvent, est en même temps conseiller général ou conseiller d'arrondissement ne peut être porté qu'une fois sur la liste et ne peut voter qu'une fois (L. 2 août 1875, art. 9 *in fine*).

Cette liste électorale sénatoriale, comme toute liste électorale, est publique ; elle doit être communiquée à tout requérant et peut être copiée et publiée (L. 2 août 1875, art. 9).

La date de la réunion est fixée par le décret de convocation et l'heure par la loi elle-même ; le premier tour de scrutin est ouvert à huit heures et fermé à midi (L. 2 août 1875, art. 14 modifié par la loi du 9 décembre 1875, art. 8). Le local est désigné par

le préfet, qui doit s'entendre avec le président du tribunal civil président de droit du collège électoral (art. 12). La loi ne prescrit pas au préfet d'adresser une convocation personnelle à chaque électeur; mais cela se fait en vertu d'instructions administratives.

La présidence du collège électoral sénatorial appartient de droit au président du tribunal civil du chef-lieu du département ou de la colonie, et au cas d'empêchement au vice-président ou au juge le plus ancien (L. 2 août 1875, art. 12). Dans le département des Ardennes, la présidence du collège électoral sénatorial appartient au président du tribunal de Charleville (L. 1er février 1898).

Cette disposition, d'après laquelle la présidence d'un collège électoral politique est donnée à un magistrat judiciaire, a été fort critiquée. On a dit, non sans quelque raison, que le législateur avait tort de donner à un magistrat judiciaire des fonctions essentiellement administratives et politiques. La pensée du législateur a été assurément de confier la présidence du collège électoral sénatorial à un fonctionnaire dont l'impartialité ne pût pas être soupçonnée. Malgré plusieurs propositions faites en 1884 et tendant à sa suppression, ce système a été maintenu. L'expérience a prouvé qu'il ne présentait que des avantages. Les élections sénatoriales se font en général d'une manière très correcte. Ce système n'est pas d'ailleurs sans précédent dans notre législation électorale. En effet, aux termes de l'art. 42 de la loi électorale du 19 avril 1831, les présidents, vice-présidents, juges et juges suppléants des tribunaux de première instance dans l'ordre du tableau avaient la présidence provisoire des collèges électoraux; le président définitif était élu par le collège lui-même (art. 42 et 44).

Le bureau se compose, avec le président du tribunal président, des deux électeurs les plus âgés et des deux électeurs les plus jeunes présents au moment de l'ouverture du scrutin. Le bureau ainsi formé choisit un secrétaire parmi les électeurs (L. 2 août 1875, art. 12, § 1). Il doit toujours y avoir au moins trois membres du bureau présents, suivant la règle applicable à toutes les élections. Le bureau statue provisoirement sur toutes les questions qui se présentent (art. 13). C'est au président seul qu'appartient la police de l'assemblée et le maintien de l'ordre. Il a

évidemment en sa qualité de président du tribunal le droit de réquisition directe de la force armée. Cf. Instruction du 24 juin 1903, art. 3, *J. off.* 19 juillet 1903.

Pour faciliter l'élection, le bureau doit répartir les électeurs par ordre alphabétique en sections de vote, comprenant au moins cent électeurs; il doit nommer le président et scrutateurs de chacune de ces sections (L. 2 août 1875, art. 13).

Les règles ordinaires relatives à la tenue du scrutin et à la réception des votes sont évidemment applicables à l'élection des sénateurs. L'électeur doit se présenter à la section de vote où l'appelle l'ordre alphabétique de son nom avec son bulletin préparé et sa lettre de convocation; un des scrutateurs émarge en face de son nom sur la liste d'émargement, copie de la liste électorale sénatoriale; et l'électeur remet son bulletin au président. L'électeur qui ne présenterait pas sa lettre de convocation serait admis à voter, son identité reconnue.

La clôture du scrutin est prononcée par le bureau. L'ouverture des urnes et le compte des bulletins sont faits par le président du bureau du collège assisté des autres membres du bureau. Il fait le relevé du nombre des votants d'après les feuilles d'émargement. Il est procédé ensuite au dépouillement par chaque section de vote. On applique toutes les règles ordinaires en matière d'élection, notamment pour les bulletins blancs qui ne comptent pas dans le calcul de la majorité absolue et pour les bulletins nuls. D'ailleurs, l'art. 27 de la loi du 2 août 1875 déclare applicables à l'élection du sénat les dispositions de la loi électorale relatives... aux formalités de l'élection en tout ce qui ne serait pas contraire aux dispositions de la présente loi (cf. § 103). C'est ainsi que pour les bulletins qui contiendraient plus de noms que de sénateurs à élire, on appliquerait l'art. 28 §§ 1 et 2 de la loi du 5 avril 1884, qui décide que les bulletins sont valables, bien qu'ils portent plus de noms que de conseillers à élire et que les derniers noms inscrits au-delà de ce nombre ne comptent pas.

Le bureau du collège électoral, après avoir statué sur les bulletins contestés, fait le recensement définitif des suffrages attribués à chaque candidat et établit le procès-verbal en y annexant les bulletins contestés. Le résultat est proclamé immédiatement par le président du collège électoral (L. 2 août 1875, art. 14, modifié par la loi du 9 décembre 1884, art. 8). Le procès-verbal est rédigé en deux expéditions qui sont remises au préfet avec les pièces annexées. L'une est

conservée par le préfet, l'autre est transmise par le préfet au ministre de l'intérieur pour être remise au sénat qui est seul juge de la régularité de l'élection de ses membres (L. const. 16 juillet 1875, art. 10).

Majorité requise. — Comme le collège électoral sénatorial est relativement peu nombreux, la loi a exigé pour l'élection, aux deux premiers tours, la majorité absolue et ne se contente de la majorité relative qu'au troisième tour. « Nul n'est élu sénateur à l'un des deux premiers tours de scrutin s'il ne réunit : 1° la majorité absolue des suffrages exprimés ; 2° un nombre de voix égal au quart des électeurs inscrits. Au troisième tour de scrutin, la majorité relative suffit, et, en cas d'égalité de suffrages, le plus âgé est élu » (L. 2 août 1875, art. 15). C'est le président du bureau qui, en proclamant le résultat du scrutin, annonce s'il y a lieu ou non de procéder à un nouveau tour.

La loi a indiqué elle-même les heures auxquelles devaient avoir lieu les différents tours de scrutin. Le premier scrutin est ouvert à huit heures du matin et fermé à midi ; le second est ouvert à deux heures et fermé à cinq heures ; le troisième, s'il y a lieu, est ouvert à sept heures et fermé à dix heures. Ainsi tout doit être fini dans un seul jour (L. 2 août 1875, art. 14, modifié par la loi du 9 décembre 1884, art. 8).

Obligation du vote pour les délégués sénatoriaux. — Ils sont investis d'une véritable fonction publique ; ils ne peuvent pas ne pas la remplir ; la loi leur en impose l'obligation très justement sous une sanction pénale : « Tout délégué qui, sans cause légitime, n'aura pas pris part à tous les scrutins, ou, étant empêché, n'aura pas averti le suppléant en temps utile, sera condamné à une amende de 50 fr. par le tribunal civil du chef-lieu sur réquisition du ministère public ». Ainsi, au cas où le délégué ne pourrait pas voter, il doit, à moins de cas de force majeure, prévenir le suppléant en temps utile par dépêche, lettre ou avis, personnellement délivré ; et, si le suppléant prévenu en temps utile ne prend pas part aux opérations élec-

torales, il est passible de la même peine de 50 fr. d'amende (L. 2 août 1875, art. 18, § 2).

Indemnité. — Les délégués sénatoriaux étant investis d'une fonction publique véritable, qu'ils ne peuvent pas ne pas remplir, la loi leur attribue une indemnité de déplacement, et c'est de toute justice. Aux termes de l'art. 17, les délégués qui ont pris part à tous les scrutins reçoivent, sur les fonds de l'Etat, s'ils le demandent, une indemnité de déplacement. Cette indemnité leur est payée sur le vu de leur lettre de convocation visée par le président et constatant qu'ils ont pris part à tous les scrutins.

Cette indemnité est calculée sur les mêmes bases et de la même manière que celle attribuée aux jurés par les art. 35, 90 et suivants du décret du 18 juin 1811, c'est-à-dire à raison de 2 fr. 50 par myriamètre, pour la distance séparant le chef-lieu de département du chef-lieu de la commune qu'ils représentent. L'art. 17, § 2 annonçait un règlement d'administration publique qui a été fait; c'est le décret du 26 décembre 1875. Rap. Instruction du ministre de l'intérieur du 20 décembre 1878 (*Rép. droit administr.*, v° *Elections*, n° 83).

Dispositions pénales. — L'art. 27 de la loi du 2 août 1875 déclare applicables aux élections sénatoriales les dispositions de la loi électorale relative aux délits, poursuites et pénalités. Il suffit donc de renvoyer à ce qui a été dit à cet égard au § 103.

Une disposition spéciale de la loi électorale sénatoriale (art. 19 modifié par la loi du 9 décembre 1884, art. 8) prévoit et punit la corruption électorale : Toute tentative de corruption ou de contrainte par l'emploi des moyens énoncés dans les articles 177 et suiv. du code pénal, pour influencer le vote d'un électeur ou le déterminer à s'abstenir de voter, est punie d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 50 fr. à 500 fr., avec application toujours possible de l'art. 463 du code pénal sur les circonstances atténuantes.

Le projet de loi sur la corruption électorale, voté par le sénat le 26 janvier 1906, déclare abrogé cet art. 19 de la loi du 2 août 1875 (art. 9) et fait application à toutes les élections, aux élections sénatoriales comme aux autres, des dispositions qu'il édicte contre la corruption électorale. Mais le projet n'est point encore devenu loi.

Observation. — La loi électorale sénatoriale contient une disposition spéciale pour les réunions publiques tenues en vue des élections. C'est l'art. 16 de la loi du 2 août 1875, modifié par la loi du 9 décembre 1884, art. 8, qui doit se combiner avec les art. 2 et 3 de la loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion. Les réunions

électorales pour la nomination des sénateurs peuvent être tenues depuis la promulgation du délai de convocation jusqu'au jour du vote *inclusivement*. La déclaration exigée par l'art. 2 de la loi de 1881 peut être faite par deux électeurs et la réunion peut avoir lieu deux heures après. Pour les autres élections, les réunions ne peuvent pas avoir lieu le jour même du vote. Pour les élections sénatoriales, elles peuvent avoir lieu le jour même du vote, parce que les différents tours de scrutin ont lieu le même jour; et pour les réunions qui ont lieu le jour du vote, elles peuvent suivre immédiatement la déclaration. Peuvent seuls assister à ces réunions en vue de l'élection des sénateurs, les membres du parlement élus ou électeurs dans le département, les électeurs sénatoriaux, délégués ou suppléants, et les candidats ou leurs mandataires (L. 2 août 1875, art. 19, modifié par la loi du 9 décembre 1884, art. 8; L. 30 juin 1881, art. 2, 3 et 5).

110. Inéligibilités et incompatibilités parlementaires. — Le principe essentiel de notre droit public est que tout électeur est éligible au parlement, et cela sans aucune condition de domicile déterminé. Suivant le principe formulé dans nos constitutions de la période révolutionnaire (par exemple const. de 1791, tit. III, chap. I, sect. III, art. 7), le membre du parlement est représentant du pays tout entier, et non pas de la circonscription qui l'a élu (cf. § 52). Il suit de là que le législateur ne peut exiger, pour être éligible dans telle ou telle circonscription, des conditions de domicile ou de résidence et que tout électeur doit être éligible dans toute circonscription.

Le principe est formulé par de nombreux textes : D. org. 2 février 1852, art. 26; L. 30 novembre 1875, art. 6; L. const. 24 février 1875, art. 3 et L. 9 décembre 1884, art. 4.

Age de l'éligibilité. — Mais nos lois politiques ont très sagement fixé un âge minimum nécessaire pour être député et pour être sénateur. Pour pouvoir être député, il faut avoir 25 ans accomplis au jour de l'élection (D. org. 2 février 1852, art. 26 et L. 30 novembre 1875, art. 6). Nul ne peut être nommé sénateur s'il n'est âgé de 40 ans accomplis au jour de l'élection (L. 24 février 1875, art. 3, abrogé par l'art. 9 de la loi du 9 décembre 1884 et remplacé par l'art. 4 de cette loi).

Cette rédaction : « Nul ne peut être sénateur... » a donné lieu à

la question de savoir s'il ne suffisait pas d'avoir 40 ans accomplis au moment où le sénat procédait à la vérification des pouvoirs ; car ne peut-on pas dire qu'on n'est sénateur vraiment qu'au moment où l'élection a été validée ? Le sénat a justement décidé qu'il fallait avoir 40 ans accomplis au jour de l'élection (séance du 11 juin 1886, élection de M. Sébline). La solution est la même pour les députés, qui doivent avoir 25 ans accomplis au jour de l'élection (cf. Pierre, *Droit politique et parlem.*, 2e édit., 1902, p. 194 et 184).

Cet âge de 40 ans était déjà exigé par la constitution de l'an III, art. 83, pour faire partie du conseil des anciens ; elle exigeait en outre qu'on fût marié ou veuf. La Charte de 1814 (art. 38), précisée par la loi du 25 mars 1818 (art. 1), fixait aussi à 40 ans l'âge de l'éligibilité à la chambre des députés. La Charte de 1830 (art. 32) et la loi du 19 avril 1831 (art. 59) le fixèrent à 30 ans. Le décret du 5 mars 1848 et l'art. 26 de la constitution de 1848 fixèrent l'âge actuel de 25 ans.

La règle que tout électeur est éligible au sénat et à la chambre, à la condition toutefois qu'il ait l'âge requis par la loi, souffre cependant certaines exceptions, qui s'expliquent par des considérations d'ordre divers. Il y a des individus qui, quoique électeurs, ne sont éligibles dans aucune circonscription ; il y a des individus qui sont électeurs, mais qui ne sont pas éligibles dans certaines circonscriptions. Sur ces divers points, les règles sont, en principe, les mêmes pour le sénat et pour la chambre (L. 2 août 1875, art. 27, n° 1).

Inéligibilités absolues. — Elles frappent les catégories de personnes suivantes :

1° Les membres des familles qui ont régné sur la France sont inéligibles au sénat et à la chambre des députés (L. 9 décembre 1884, art. 4, § 2, pour le sénat ; L. 16 juin 1885, art. 4, pour la chambre des députés). La loi du 22 juin 1886, *relative aux membres des familles ayant régné en France,* contient une prohibition générale : « Les membres des familles ayant régné en France ne pourront entrer dans les armées de terre et de mer, ni exercer aucune fonction publique, ni aucun mandat électif » (art. 4). On voit facilement quelles raisons ont amené le gouvernement républicain à provoquer le vote de ces dispositions législatives. Cf. § 76.

2° Aucun militaire ou marin, faisant partie des armées actives de terre ou de mer, ne peut, quel que soit son grade ou ses fonctions, être élu membre de la chambre des députés ou membre du sénat. Cette prohibition s'applique aux militaires et aux marins en disponibilité ou en non activité ; mais elle ne s'applique ni aux soldats ni aux officiers appartenant à la réserve ou à l'armée territoriale. Elle ne s'applique pas non plus aux officiers généraux placés

dans la seconde section du cadre de l'état-major général, ni à ceux qui, maintenus dans la première section comme ayant commandé en chef devant l'ennemi, ont cessé d'être employés activement, ni enfin aux officiers qui, ayant des droits acquis à la retraite, sont envoyés ou maintenus dans leurs foyers en attendant la liquidation de leur pension (L. 30 novembre 1875, art. 7, pour la chambre des députés; L. 9 décembre 1884, art. 5, pour le sénat). La loi du 9 décembre 1884 déclare exceptionnellement éligibles au sénat les maréchaux de France et les amiraux; cette exception n'existe pas pour la chambre des députés. On sait au reste qu'actuellement, il n'y a en France ni maréchaux ni amiraux. Le législateur a très sagement agi en déclarant inéligibles les militaires de tout grade et de tout emploi : il est indispensable, dans l'intérêt de l'armée et du pays, qu'ils restent complètement étrangers à la politique. Cependant, avant la loi de 1884, les militaires étaient éligibles au sénat.

3° « Nul ne peut être membre du parlement s'il n'a satisfait complètement aux prescriptions de la loi militaire concernant le service actif » (L. 20 juillet 1895, art. 1, § 1). Cette inéligibilité résulte d'abord de la disposition générale de l'art. 7 de la loi de 1889, rédaction de la loi du 14 août 1893, qui est devenue l'art. 7 de la loi du 21 mars 1905 sur le recrutement de l'armée : « Nul n'est admis dans une administration de l'Etat, ou ne peut être investi de fonctions publiques, même électives, s'il ne justifie avoir satisfait aux obligations imposées par la présente loi ».

Mais ce texte ne visait et ne vise que les insoumis; il ne pouvait s'appliquer à ceux qui, avant la loi de 1905, étaient libérés, sous condition, d'une partie du service actif, et qui entraient au parlement avant d'avoir entièrement satisfait à la loi du recrutement sur le service actif. M. Mirman, qui avait signé un engagement décennal, fut nommé député avant l'expiration du délai de dix ans, et, rompant son engagement, dut achever son service étant député. C'est pour éviter le retour de pareils incidents que fut portée la loi du 20 juillet 1895, dont on a reproduit l'art. 1, § 1 au commencement de ce numéro. La loi du 21 mars 1905 n'admettant aucune dispense ni aucune libération conditionnelle, la disposition de la loi de 1895 est devenue inutile et la disposition de l'art. 7 de la loi sur le recrutement suffisait. Se trouve aussi sans objet le § 2 de l'art. 1 de la loi de 1895 visant les Français résidant en Algérie et aux colonies. Ces diverses dispositions s'appliquent en droit aux sénateurs et aux députés. Mais les Français n'étant éligibles au sénat qu'à l'âge de 40 ans, il est d'évidence qu'il n'y aura lieu que très rarement de les appliquer aux sénateurs.

4° Sont inéligibles au sénat et à la chambre les faillis non réhabilités (L. 30 décembre 1903, art. 1). On a vu (§ 98) que cette loi modifiant les dispositions de l'art. 15, n° 17 du décret organique du 2 février 1852 décidait que les faillis simples ne seraient privés

de l'électorat que pendant dix ans à partir de la déclaration de faillite. Ainsi après l'expiration de ce délai, les faillis simples sont électeurs, mais point éligibles.

5° Les individus qui ont été déclarés en liquidation judiciaire sont, à partir du jugement, inéligibles au sénat et à la chambre, comme d'ailleurs à toute fonction élective; mais ils conservent leurs droits électoraux (L. 4 mars 1889, art. 21).

6° L'étranger, naturalisé Français, qui, du jour de la naturalisation, jouit de tous les droits civils et politiques, néanmoins n'est éligible aux assemblées législatives que dix ans après le décret de naturalisation, à moins qu'une loi spéciale n'abrège ce délai, le délai pouvant être réduit alors à une année. Cette inéligibilité pendant dix ans ne frappe point les individus qui recouvrent la qualité de Français après l'avoir perdue et qui acquièrent immédiatement tous les droits civils et politiques, même l'éligibilité aux assemblées législatives (L. 26 juin 1889, art. 3).

Inéligibilités relatives. — Elles frappent particulièrement certains fonctionnaires que la loi déclare inéligibles dans certaines circonscriptions parce qu'elle considère que le caractère de leurs fonctions pourrait empêcher les électeurs d'exercer librement leur choix. Les cas d'inéligibilités relatives sont à peu près les mêmes pour le sénat et pour la chambre. Il y a cependant certaines différences.

Ne peuvent être élus sénateurs par le département ou la colonie compris en tout ou en partie dans leur ressort, pendant l'exercice de leurs fonctions et pendant les six mois qui suivent la cessation de leurs fonctions par démission, destitution, changement de résidence ou de toute autre manière (L. 2 août 1875, art. 21) :

1° Les premiers présidents, les présidents et les membres des parquets des cours d'appel.

2° Les présidents, les vice-présidents, les juges d'instruction et les membres des parquets des tribunaux de première instance. On voit par là que les juges titulaires, non chargés de l'instruction, ne sont pas inéligibles au sénat; on verra qu'au contraire, ils sont inéligibles à la chambre (L. 30 novembre 1875, art 12). De même les juges de paix (L. 30 mars 1902, art. 2).

3° Le préfet de police, les préfets et sous-préfets et les secrétaires généraux de préfecture, gouverneurs, directeurs de l'intérieur et secrétaires généraux des colonies. Les conseillers de préfecture ne sont pas inéligibles au sénat; ils le sont à la chambre (L. 30 mars 1902, art. 2).

4° Les ingénieurs en chef et d'arrondissement et les agents-voyers en chef et d'arrondissement.

5° Les recteurs et inspecteurs d'académie.

6° Les inspecteurs des écoles primaires.

7° Les trésoriers-payeurs généraux et les receveurs particuliers des finances.

8° Les directeurs des contributions directes, indirectes, de l'enregistrement, des domaines et du timbre, des postes.

9° Les conservateurs et les inspecteurs des forêts.

Ne peuvent être élus députés par l'arrondissement ou la colonie compris en tout ou en partie dans leur ressort, pendant l'exercice de leurs fonctions, et pendant les six mois qui suivent la cessation de leurs fonctions par démission, destitution, changement de résidence ou de toute autre manière :

1° Tous les fonctionnaires qui viennent d'être indiqués comme étant inéligibles au sénat (L. 30 novembre 1875, art. 12).

2° Les juges titulaires, même non chargés de l'instruction (L. 30 mars 1902, art. 2).

3° Les juges de paix titulaires (L. 30 mars 1902, art. 2).

4° Les sous-préfets et les conseillers de préfecture, qui ne peuvent être élus dans aucun des arrondissements du département dans lequel ils exercent leurs fonctions (L. 30 novembre 1875, art. 12, § dernier et L. 30 mars 1902, art. 2, § 4).

L'art. 21, n° 7 de la loi du 2 août 1875 et l'art. 12, n° 7 de la loi du 30 novembre 1875 décidaient qu'étaient inéligibles dans le département ou l'arrondissement rentrant en tout ou en partie dans leur ressort les archevêques, évêques et vicaires généraux. Ces dispositions se trouvent abrogées par le fait même de la promulgation de la loi du 9 décembre 1905 portant séparation des églises et de l'Etat. Effectivement, par l'effet de cette loi, il n'y a plus légalement de ministres du culte; et par conséquent il ne peut être question d'une inéligibilité spéciale venant les atteindre. Par une contradiction injustifiable, le législateur de 1905 a décidé dans l'art. 40 que pendant huit années à partir de la promulgation de la loi de séparation, les ministres du culte seraient inéligibles au conseil municipal dans la commune où ils exerçaient leur ministère ecclésiastique. C'est une disposition tout à fait exceptionnelle qu'on ne doit pas étendre, et de laquelle il résulte *a contrario* que, sauf cette exception, les ministres du culte sont éligibles dans les conditions du droit commun.

Incompatibilités. — Il importe de ne pas confondre l'inéligibilité et l'incompatibilité. L'inéligibilité a pour résultat de rendre l'élection nulle; chaque chambre est juge de l'éligibilité de ses membres (L. const. 16 juillet 1875, art. 10). Mais liée par la loi elle doit annuler toute élection d'un inéligible. Un préfet, par exemple, est élu député dans un des arrondissements du département où il exerce ses fonctions; son élection

est nulle et la chambre doit l'invalider. Au contraire lorsqu'il y a incompatibilité, l'élection est régulière et valable ; seulement celui dont la fonction est incompatible avec le mandat législatif doit opter dans un certain délai après sa validation. Par exemple, un préfet est élu député dans un autre département que le sien, son élection est valable ; mais il ne pourra pas rester à la fois député et préfet.

Jusqu'à la loi du 26 décembre 1887, il y a eu, au point de vue des incompatibilités, une différence notable entre le sénat et la chambre. De l'art. 20 de la loi du 2 août 1875 il résultait qu'en principe le mandat de sénateur était compatible avec les fonctions publiques rétribuées sur les fonds de l'Etat, et qu'il n'y avait incompatibilité qu'avec les fonctions expressément indiquées par cet article 20 (conseillers d'Etat, préfets, etc...). Au contraire d'après les art. 8 et 9 de la loi du 30 novembre 1875 le mandat de député était en principe incompatible avec toute fonction publique rétribuée sur les fonds de l'Etat ; il n'était compatible qu'avec les fonctions indiquées à l'art. 8, § 2 et à l'art. 9 (ministres, sous-secrétaires d'Etat, professeurs titulaires de faculté, etc...) Cette différence entre le sénat et la chambre était un reste du projet de loi présenté par le duc de Broglie, président du conseil, le 15 mai 1875, et qui tendait à créer, sous le nom de grand conseil, une chambre haute composée principalement des hauts fonctionnaires du pays. Mais le projet n'ayant point eu de suite, et le sénat étant l'assemblée exclusivement élective qu'avaient faite les lois de 1875 et de 1884, cette différence entre les deux chambres, au point de vue des incompatibilités, ne se justifiait aucunement.

La loi du 9 décembre 1884 édicta une disposition transitoire ainsi conçue : « Dans le cas où une loi spéciale sur les incompatibilités parlementaires ne serait pas votée au moment des prochaines élections sénatoriales, l'art. 8 de la loi du 30 novembre 1875 serait applicable à ces élections ». Mais cette loi annoncée sur les incompatibilités, votée par la chambre en 1887, n'était point votée par le sénat au moment où arrivèrent les élections sénatoriales triennales de 1888. Aussi pour maintenir l'assimilation du sénat à la chambre au point de vue des incompatibilités fut votée la loi du 26 décembre 1887 qui porte : « Jusqu'au vote d'une loi spéciale sur les incompatibilités parlementaires, les art. 8 et 9 de la loi du 30 novembre 1875 seront applicables aux élections sénatoriales ». Cette loi annoncée n'a point été encore votée ; et ainsi tant pour le sénat que pour la chambre, les incompatibilités sont toujours réglées par les art. 8 et 9 de la loi du 30 novembre 1875.

En principe, le mandat de député et de sénateur est incompatible avec toute fonction publique rétribuée

sur les fonds de l'Etat (L. 30 novembre 1875, art. 8, § 1 et L. 26 décembre 1887). Cette règle, qui est suivie dans presque tous les pays, a pour but d'assurer l'indépendance du député à l'égard du gouvernement. Le député, qui serait en même temps fonctionnaire et par conséquent placé sous l'autorité des membres du gouvernement, serait en bien mauvaise posture pour exercer son mandat législatif avec indépendance. L'exemple des assemblées de la monarchie de juillet est une preuve incontestable du danger qu'il y aurait à ne pas établir la règle de l'incompatibilité.

Les dispositions sur les incompatibilités sont très nombreuses dans nos constitutions et nos lois politiques. Nous citerons seulement la constitution de 1791, titre III, chap. I, sect. III, art. 4 et 5 et la constitution de 1848, art. 28, § 1 : « Toute fonction publique rétribuée est incompatible avec le mandat de représentant du peuple ».

Il ne s'agit que des fonctionnaires rétribués sur les fonds de l'Etat; par conséquent l'incompatibilité ne frappe pas les fonctionnaires dont les fonctions sont gratuites, comme les maires, les conseillers généraux, municipaux ou d'arrondissement. Cependant aux termes de l'art. 70 de la loi du 10 août 1871 modifié par la loi du 19 décembre 1876, les fonctions de membre de la commission départementale sont incompatibles avec le mandat de député ou de sénateur. Il n'y a point incompatibilité entre le mandat législatif et les fonctions rétribuées sur les fonds des départements, des communes et des établissements publics. Il faut entendre l'expression fonction publique dans le sens que nous lui avons donné au § 63.

On notera que depuis la loi du 9 décembre 1905, portant séparation des églises et de l'Etat, les ministres du culte sont de simples citoyens, et que par conséquent il n'existe plus à leur égard aucune incompatibilité.

Quelque générale que soit la règle de l'incompatibilité, le législateur a admis cependant certaines exceptions. Il permet à certains fonctionnaires de conserver leur fonction et d'exercer leur mandat législatif. Ce sont les fonctionnaires qui, soit à cause de leur très haute situation, soit à cause de la situation spéciale qui leur est faite par la loi et les règlements, sont présumés pouvoir exercer leur mandat législatif avec une entière indépendance à l'égard du gouvernement.

Ces fonctionnaires sont énumérés limitativement par l'art. 8, § 3 et l'art. 9 de la loi du 30 novembre 1875. Ce sont : 1° les ministres; 2° les sous-secrétaires d'Etat; 3° les ambassadeurs ; 4° les ministres plénipotentiaires ; 5° le préfet de la Seine ; 6° le préfet de police ; 7° le premier président à la cour de cassation ; 8° le premier prési-

dent à la cour des comptes; 9° le premier président à la cour d'appel de Paris; 10° le procureur général près la cour de cassation: 11° le procureur général près la cour des comptes; 12° le procureur général près la cour d'appel de Paris; 13° les professeurs titulaires de chaires qui sont données au concours ou sur la présentation des corps où la vacance s'est produite.

L'art. 9, n° 2 indique comme pouvant cumuler le mandat législatif avec leurs fonctions les personnes qui ont été chargées d'une mission temporaire n'ayant pas duré 6 mois. Cela est conforme à la définition donnée par nous du fonctionnaire public : celui qui participe d'une manière *permanente* à un service public (cf. § 63).

L'art. 8 de la loi du 30 novembre 1875 indiquait comme étant exceptionellement compatibles avec le mandat législatif les fonctions d'archevêque, d'évêque, de pasteur président de consistoire dans les circonscriptions consistoriales dont le chef-lieu compte deux pasteurs et au-dessus, de grand rabbin du consistoire central et de grand rabbin du consistoire de Paris. Ces exceptions sont devenues sans objet depuis la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des églises et de l'Etat.

Un fonctionnaire dont les fonctions sont incompatibles avec le mandat législatif est élu député ou sénateur : il doit, dans les huit jours qui suivront la validation de son élection, faire connaître s'il accepte ou non le mandat de député. S'il déclare ne pas l'accepter, on pourvoit à son remplacement comme député ou sénateur suivant les règles ordinaires. S'il déclare accepter le mandat législatif ou s'il ne dit rien dans les huit jours qui suivent la vérification de son élection, il est réputé démissionnaire de sa fonction et y doit être remplacé.

Le fonctionnaire élu député ou sénateur conserve ses droits à la pension de retraite. Pour le député, sa situation est réglée à cet égard par l'art. 10, §§ 1 et 2 de la loi du 30 novembre 1875 et l'art. 10, § 3 de la même loi, modifié par l'art. 29, § 1 de la loi de finances du 29 mars 1897. Le fonctionnaire élu député conserve les droits qu'il a acquis à la pension de retraite et peut, après l'expiration de son mandat, être remis en activité; le fonctionnaire civil qui, ayant eu 20 ans de service à la date de l'acceptation de son mandat de député, justifiera de 50 ans d'âge à l'époque de la cessation de ce mandat, pourra faire valoir ses droits à une pension de retraite exceptionnelle; et d'après l'art. 29, § 1 précité de la loi du 29 mars 1897, cette pension est réglée de la manière suivante : en ce qui concerne les fonctionnaires soumis pour la pension à la loi du 9 juin 1853, conformément au § 3 de l'art. 12 de la loi, et en ce qui

concerne les fonctionnaires soumis pour la pension à la loi du 22 août 1790, à raison de 1/30, par année de service, de la pension qui aura été liquidée à son profit pour 30 ans de service.

Pour les sénateurs, la situation est réglée un peu différemment par l'article unique, § 2 de la loi du 26 décembre 1887 : tout sénateur qui compte vingt ans de services et cinquante ans d'âge à l'époque de l'acceptation de son mandat peut faire valoir ses droits à une pension de retraite proportionnelle, et cette pension de retraite est alors calculée sur les mêmes bases que celle du fonctionnaire élu député, dans l'hypothèse qu'on vient d'indiquer, et cela par application de l'art. 29, § 2 de la loi de finances du 29 mars 1897. Cons. Delpech, *Revue du droit public,* 1906, p. 515.

L'art. 10, dernier paragraphe de la loi de 1875 stipule que les fonctionnaires, pour lesquels le grade est distinct de l'emploi, conservent le grade et ne perdent que l'emploi par l'acceptation du mandat législatif. Les fonctionnaires civils pour lesquels existe cette distinction sont très rares. On ne peut guère citer que les fonctionnaires de l'ordre diplomatique, et encore la chose n'est-elle pas certaine. La distinction n'existe véritablement que pour les officiers; or on sait qu'ils sont inéligibles. Cf. §§ 66-68.

Supposons qu'un fonctionnaire, dont les fonctions sont compatibles avec le mandat législatif, soit élu député ou sénateur. Il conserve sa fonction et exerce son mandat. Peut-il cumuler son traitement de fonctionnaire et son indemnité de député ou de sénateur ? Jusqu'en 1903, il y avait une différence entre le député et le sénateur. En vertu de l'art. 17 de la loi du 30 novembre 1875 combiné avec la loi du 16 février 1872, le député fonctionnaire ne pouvait pas cumuler son traitement et son indemnité. Comme la loi du 2 août 1875 ne contenait aucune disposition semblable pour les sénateurs, on décidait que le fonctionnaire sénateur pouvait cumuler son traitement et son indemnité. En ce sens arrêt du conseil d'Etat 2 novembre 1877, *de Bastard*. Cette différence entre les députés et les sénateurs avait été très souvent critiquée à la chambre; en 1887, au moment où fut votée la loi du 26 décembre 1887, la chambre voulut assimiler les sénateurs aux députés à cet égard. Mais le sénat ne la suivit pas. Après une nouvelle tentative en 1902, l'assimilation a été enfin réalisée par la loi de finances du 31 mars 1903 qui contient un art. 103 ainsi conçu : « L'indemnité que reçoivent les sénateurs est réglée par les art. 96 et 97 de la loi du 15 mars 1849 et par les dispositions de la loi du 16 février 1872 ». Disposition identique à celle du § 2 de l'art. 17 de la loi du 30 novembre 1875, visant les députés. L'art. 96 de la loi du 15 mars 1849 fixe à 9.000 fr. l'indemnité et la déclare « incompatible avec tout traitement d'activité, de non activité ou de disponibilité ». Et d'après la loi du 16 février 1872, tout fonctionnaire député ou sénateur touche son indemnité parlementaire. Si son traitement est inférieur ou égal à cette indemnité, il n'en touche rien; s au contraire il est supérieur

à son indemnité, il touche la somme qui représente cet excédent. Ainsi le fonctionnaire député ou sénateur ne cumule pas son traitement et son indemnité, mais il touche la somme la plus forte (L. 16 février 1872, art. 1-3).

Incompatibilités spéciales. — Outre les incompatibilités générales résultant de fonctions publiques, le législateur a établi certaines incompatibilités tout à fait spéciales et d'ailleurs peu justifiées.

Aux termes de l'art. 3, § 3 de la loi du 8 juillet 1898 approuvant une convention passée avec la Compagnie transatlantique pour l'exploitation du service postal du Havre à New-York, les personnes élues sénateurs ou députés et faisant partie du conseil d'administration ou de surveillance de la société concessionnaire doivent, dans les huit jours qui suivent la vérification de leurs pouvoirs, opter entre l'acceptation du mandat parlementaire et la conservation de leur mandat; à défaut d'option, elles sont de plein droit déclarées démissionnaires par l'assemblée à laquelle elles appartiennent. La même loi (art. 3, § 2) décidait que les sénateurs et députés, membres du conseil d'administration ou de surveillance de la compagnie concessionnaire au moment de la promulgation de la loi, devaient opter dans les deux mois, faute de quoi ils seraient considérés comme démissionnaires. Nous ne voyons aucune raison sérieuse justifiant cette incompatibilité.

L'art. 3 de la loi du 17 novembre 1897, portant prorogation du privilège de la banque de France, porte que « les fonctions de gouverneur et de sous-gouverneur de la banque de France sont incompatibles avec le mandat législatif ». Ici non plus aucune raison sérieuse ne justifie cette incompatibilité. Dans la séance du 12 juillet 1906, la chambre des députés a voté l'urgence d'une proposition de M. J. Coutant tendant à interdire le cumul du mandat parlementaire avec la qualité de directeur d'une société financière ou industrielle subventionnée par l'Etat.

Le mandat de sénateur et celui de député sont évidemment incompatibles. Mais un député peut poser sa candidature au sénat et un sénateur sa candidature à la chambre sans démission préalable. Il est de jurisprudence constante qu'un député élu sénateur ou un sénateur élu député n'est pas obligé de faire connaître le mandat qu'il veut exercer avant que sa nouvelle élection ait été validée, qu'ainsi un député élu sénateur peut continuer à siéger à la chambre jusqu'à ce qu'il ait été validé comme sénateur et réciproquement. Mais le député élu sénateur, s'il avait fait acte de sénateur avant d'être validé, ne pourrait pas revenir siéger à la chambre, ni réciproquement le sénateur, qui aurait fait acte de député avant sa validation, revenir siéger au sénat.

Cf. Pierre, *Droit politique et parlementaire*, 2e édit., 1902, p. 323; Moreau, *Revue du droit public*, 1902, p. 326, à propos du cas de M. le député Million élu sénateur le 9 juillet 1899.

Il faut noter que dans sa séance du 24 mars 1906, le conseil des

ministres a décidé que les fonctionnaires qui seraient candidats aux élections de mai 1906, seraient mis en congé sans traitement dès l'ouverture de la période électorale (*Le Temps*, 25 mars 1906).

B. *Situation des membres du parlement.*

111. Caractères généraux de cette situation. — On a montré aux §§ 52 et 53 que le membre du parlement n'est point, dans la conception française moderne, mandataire de la circonscription qui l'a élu, qu'il est simplement partie composante de cet organe appelé parlement, qui est un organe représentatif de la souveraineté nationale. Le membre du parlement n'a donc pas de pouvoir qui lui soit propre. On dit souvent qu'il est un fonctionnaire, et l'expression n'est pas inexacte, puisque le membre du parlement concourt d'une façon normale et permanente à l'exercice d'une fonction de l'Etat. Mais quoique fonctionnaire, le membre du parlement n'est pas investi d'une compétence personnelle; il concourt seulement à former la décision émanant du parlement.

C'est d'ailleurs une question très intéressante de savoir s'il existe une volonté du parlement distincte des volontés individuelles concourantes, ou si ce qu'on appelle volonté du parlement est tout simplement la somme des volontés individuelles formant la majorité parlementaire. La question ne se pose pas d'ailleurs seulement pour le parlement, mais pour toutes les assemblées délibérantes. M. Jellinek estime qu'il existe une volonté propre des assemblées délibérantes ayant une réalité distincte des volontés individuelles composantes. Il y voit un exemple du phénomène juridique qu'il appelle la *Vereinbarung*, c'est-à-dire le concours de deux ou plusieurs volontés ayant un même objet, déterminées par un même but et donnant ainsi naissance à une volonté nouvelle distincte des volontés individuelles qui concourent à la former (Jellinek, *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, 2e édit., 1905, p. 204 et suiv.). M. Hauriou exprime une idée analogue quand il dit que les assemblées délibérantes ont une volonté déterminée par la majorité des voix (*Droit administratif*, 4e édit., 1900, p. 374; rapp. *Notes* dans Sirey, 1899, III, p. 145, et 1901, III, p. 4). V. aussi Gierke, *Genossenschafstheorie*, 1887, p. 683.

L'existence de cette volonté collégiale distincte des volontés individuelles nous paraît bien problématique. Rien ne prouve que le

concours de plusieurs volontés individuelles, voulant une même chose et déterminées par un même but, donne naissance à une volonté collégiale distincte des volontés individuelles qui la composent. En tous cas, admettrait-on l'existence de cette volonté collégiale, il ne faudrait pas en conclure, comme semblent le faire les auteurs précédemment cités et notamment M. Hauriou, que les chambres ont chacune une véritable personnalité juridique.

Les membres du parlement n'ayant pas de compétence personnelle, étant parties composantes de la chambre à laquelle ils appartiennent, ne peuvent perdre leur qualité de membres du parlement qu'avec le consentement de la chambre dont ils font partie. Cette proposition reçoit d'importantes applications au cas de démission et au cas de déchéance.

Démission. — Il est de principe qu'une démission donnée par un membre du parlement ne produit d'effet qu'au moment où elle a été acceptée par la chambre dont fait partie le démissionnaire. Le principe est formulé par la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, art. 10 *in fine* : « Elle (chaque chambre) peut seule recevoir leur démission » (de ses membres). Le règlement du sénat est muet sur les démissions. Au règlement de la chambre, on lit : « Les démissions sont adressées au président de la chambre qui en envoie immédiatement copie au ministre de l'intérieur ».

La chambre, dont un membre donne sa démission, peut surseoir à l'accepter ou la refuser. Le sénateur ou le député dont la démission est acceptée devient immédiatement étranger à la chambre et doit sortir de la salle. Cependant, les propositions qu'il a déposées ne deviennent point caduques.

Poussant jusqu'à l'extrême les conséquences du principe que le député est absorbé par le parlement, le droit anglais décide qu'un membre de la chambre des communes une fois admis ne peut plus donner sa démission. Pour tourner la règle un député qui veut se retirer du parlement se fait nommer à une fonction publique sans importance, comme la traditionnaliste Angleterre en a conservé beaucoup; ainsi il cesse d'être député suivant la règle d'après laquelle toute nomination à une fonction publique entraîne la perte du mandat législatif. Cf. Jèze, *Revue du droit public*, 1905, p. 827.

Déchéance. — On suppose que, au cours de son

mandat, un député ou un sénateur est frappé d'une déchéance qui le rend inéligible (cf. § 110). Perd-il de plein droit son mandat ? Non. Il ne cesse d'être député ou sénateur qu'au moment où la chambre à laquelle il appartient l'a expressément déclaré déchu.

Le principe à cet égard est formulé par l'art. 28 du décret organique du 2 février 1852 reproduisant l'art. 80 de la loi du 15 mars 1849 : « Sera déchu de la qualité de membre du corps législatif tout député, qui, pendant la durée de son mandat, aura été frappé d'une condamnation emportant la privation du droit d'être élu. La déchéance sera prononcée par le corps législatif sur le vu des pièces justificatives ». Cette disposition, qui ne vise expressément que le corps législatif, s'applique évidemment au sénat. Elle ne parle que des condamnations emportant privation du droit d'être élu ; il faut l'appliquer incontestablement à toutes les causes entraînant perte de l'éligibilité. Cette règle est la conséquence directe du principe formulé plus haut ; un membre d'une chambre ne peut cesser de faire partie de cette chambre que par la volonté de celle-ci. D'autre part, aux termes de l'art. 10 de la const. du 16 juillet 1875, chaque chambre est juge de l'éligibilité de ses membres. Par conséquent chaque chambre est seule compétente pour juger si effectivement existe une condamnation ou une autre cause faisant perdre à un de ses membres l'éligibilité.

La chambre des députés a eu l'occasion de prononcer la déchéance de deux de ses membres le 4 mars 1901 ; il s'agissait de M. Paul Déroulède et de M. Marcel Habert, condamnés au bannissement par la haute cour de justice.

A cette séance du 4 mars 1901, M. Piou soutint que la chambre ne pouvait point prononcer ces déchéances parce que et l'art. 80 de la loi du 15 mars 1849 et l'art. 28 du décret org. du 2 février 1852 se trouvent aujourd'hui abrogés. Il raisonnait ainsi : le titre IV de la loi du 15 mars 1849 qui contient l'art. 80 a été déclaré applicable à l'Assemblée nationale par le décret du 29 janvier 1871, qui a rendu ainsi inapplicable l'art. 28 du décret de 1852 ; mais ce décret du 29 janvier 1871 a été abrogé par l'art. 22, § 3 de la loi du 30 novembre 1875 ; il ne reste donc ainsi aucun texte en vigueur permettant à la

chambre de prononcer la déchéance. En conséquence, M. Piou demandait à la chambre de voter la résolution suivante : « La chambre, considérant que l'art. 28 du décret de 1852 n'est plus en vigueur, n'a pas à statuer sur le projet de résolution ». L'argumentation de M. Piou était inadmisible. Le décret du 29 janvier 1871 a effectivement appliqué à l'Assemblée nationale élue en 1871 la plupart des dispositions de la loi du 15 mars 1849 ; mais c'était un décret provisoire et qui n'impliquait nullement l'abrogation du décret organique de 1852 ; il tombait du moment où l'Assemblée nationale de 1871 se séparait ; il était inutile qu'il fût abrogé par la loi du 30 novembre 1875 ; et la loi électorale de 1852 reprenait son empire pour toutes les dispositions qui n'étaient pas contraires à la nouvelle loi électorale de 1875. D'ailleurs la pensée du législateur de maintenir toutes les dispositions de la loi de 1852, non contraires à la loi nouvelle, est certaine ; elle ressort nettement par exemple de l'art. 22, §§ 4 et 5. La chambre a donc eu parfaitement raison de repousser la proposition de résolution de M. Piou. Cf. en ce sens Esmein, *Revue politique et parlem.*, 10 mai 1901, p. 299.

Dans cette même séance du 4 mars 1901, M. Castelin vint soutenir que la chambre, bien qu'il y ait eu condamnation au bannissement prononcée régulièrement contre MM. Paul Déroulède et Marcel Habert, pouvait ne pas prononcer la déchéance, et comme la commission proposait le vote d'une résolution ainsi conçue : « La chambre prend acte de la condamnation et prononce la déchéance qui en découle légalement », il demandait à la chambre de voter la question préalable, en résumant ainsi son argumentation : « Puisque la chambre a le droit d'évoquer devant elle le fond de toutes les questions d'éligibilité, elle a *a fortiori* le droit d'évoquer devant elle le fond des questions de retrait de mandat ». Très justement la chambre n'admit pas cette argumentation, repoussa la question préalable, et prononça, conformément à la proposition de sa commission, la déchéance de MM. Paul Déroulède et Marcel Habert. Elle repoussa aussi très justement une proposition de M. Mirman, inspirée par le même raisonnement (séance du 4 mars 1901).

A notre avis il n'est pas douteux qu'une chambre ne peut pas ne pas prononcer la déchéance d'un de ses membres devenu inéligible, comme elle ne peut pas déclarer *admis* un élu dont l'inéligibilité est reconnue. Sans doute si elle fait l'une ou l'autre de ces deux choses, il n'y a pas de recours contre sa décision qui recevra son application ; mais cela n'est pas une preuve que la chambre puisse la faire légalement. Chaque chambre, l'organe législatif lui-même, est liée par la loi, tant que la loi existe ; elle est juge de l'éligibilité de ses membres ; mais dans ce jugement elle doit se conformer à la loi ; elle est en réalité un tribunal ; et le tribunal doit toujours se conformer à la loi, alors même qu'il statue souverainement. M. Laffère était absolument dans le vrai quand il répondait à M. Castelin : « Ce n'est pas une conception démocratique que celle

d'un parlement absolument souverain, dont la souveraineté ne serait pas réglée et limitée par le respect de la loi et qui se reconnaîtrait à lui-même le droit de violer, dans l'intérêt ou au détriment de quelques-uns de ses membres, la loi qu'il a faite » (séance 4 mars 1901). Dans le même sens cf. Esmein, article précité de la *Revue politique et parlementaire* du 10 mai 1901, p. 309 et suiv.; Moreau, *Revue du droit public*, 1903, I, p. 92. Cons. aussi Pierre, *loc. cit.*, p. 334.

On s'est demandé parfois si la condamnation *par contumace* à une peine afflictive et infamante ou à une peine simplement infamante devait entraîner la déchéance du mandat législatif. La solution affirmative ne nous paraît pas douteuse, devant les textes actuellement en vigueur. Aux termes de l'art. 28 du code pénal, la dégradation civique (qui est tantôt l'accessoire d'une peine afflictive et infamante ou d'une peine simplement infamante, tantôt une peine principale) est encourue au cas de condamnation par contumace du jour de l'exécution par effigie, qui résulte de l'affichage de l'extrait du jugement de condamnation à la porte du dernier domicile du condamné, de la mairie du chef-lieu de l'arrondissement où le crime a été commis et du prétoire de la cour d'assises (C. inst. crim., art. 472). A partir de ce moment le condamné par contumace a donc perdu ses droits politiques (D. org. 2 février 1852, art. 15 et 27), et par conséquent la chambre ne peut pas ne pas prononcer sa déchéance, par application de l'art. 28 du même décret. C'est ainsi que l'Assemblée nationale a très justement prononcé, dans sa séance du 9 décembre 1874, la déchéance contre deux de ses membres condamnés par contumace, et cela sur le rapport de M. Paris.

De même une chambre doit prononcer la déchéance d'un de ses membres condamné par défaut à une peine correctionnelle entraînant inéligibilité, quand les délais d'opposition et d'appel sont expirés. Le sénat l'a décidé très justement dans la séance du 13 décembre 1887.

On s'est demandé si une loi qui crée une cause nouvelle d'inéligibilité doit s'appliquer aux individus déjà membres du parlement au moment où elle intervient, par exemple si la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire, dont l'article 21 frappe d'inéligibilité le liquidé, se serait appliquée aux individus déjà députés au moment de cette loi et qui pendant la législature auraient été mis en liquidation. La réponse affirmative n'est pas douteuse à notre avis. La situation du député est une situation de droit objectif, comme celle d'un fonctionnaire ; et toutes les lois nouvelles qui modifient cette situation, en plus ou en moins, s'appliquent à lui (cf. §§ 66-68, pour la situation des fonctionnaires). A l'appui de cela on peut citer la loi du 8 juillet 1898, art. 3, qui, créant une incompatibilité nouvelle, (incompatibilité entre le mandat législatif et les fonctions de membre des conseils d'administration et de surveillance de la Compagnie transatlantique) a déclaré qu'elle était applicable aux députés

et sénateurs en fonction au moment de sa promulgation, et la loi du 17 novembre 1897 qui a créé l'incompatibilité du mandat législatif avec les fonctions de gouverneur et de sous-gouverneur de la banque de France et qui a été reconnue applicable, sans distinction, à l'honorable M. Magnin, qui était alors sénateur et gouverneur de la banque.

112. Indemnité parlementaire. — Aujourd'hui les députés et les sénateurs reçoivent une indemnité annuelle de 9.000 francs. Pour les députés, cf. l'art. 17 de la loi du 30 novembre 1875, combiné avec les art. 96 et 97 de la loi du 15 mars 1849 et la loi du 16 février 1872, et pour les sénateurs l'art. 26 de la loi du 2 août 1875 qui porte : « Les membres du sénat reçoivent la même indemnité que ceux de la chambre des députés », et L. fin. 31 mars 1903, art. 103.

Déjà sous l'ancien régime les députés aux états généraux recevaient une indemnité. La taxe des députés était recouvrée sur une ordonnance du roi. Le 1er septembre 1789, l'Assemblée nationale décida que chacun de ses membres recevrait une indemnité de 18 livres par jour. Les autres assemblées de l'époque révolutionnaire votèrent aussi une indemnité pour leurs membres. Sous le consulat et l'empire, les tribuns, les législateurs et les sénateurs recevaient aussi des indemnités. Les sénateurs recevaient en outre des dotations ou sénatoreries à vie; à beaucoup furent constitués des majorats dont quelques-uns ont subsisté jusqu'à ce temps-ci: le rachat en a été ordonné par la loi de finances du 22 avril 1905, art. 29 et suiv. Pendant la Restauration et le Gouvernement de juillet, ni les pairs ni les députés ne recevaient de traitement (L. 5 février 1817, art. 9; L. 29 décembre 1831). Sous un régime politique au fond aristocratique, cela était parfaitement logique.

En 1848 le Gouvernement provisoire, par le décret du 5 mars 1848, art. 10, décida que chaque représentant à l'Assemblée nationale recevrait une indemnité de 25 francs par jour de session et cette décision fut confirmée par la loi du 10 juillet 1848. C'était la conséquence logique de l'élection des députés au suffrage universel. Si tout citoyen est électeur, il faut que tout citoyen riche ou pauvre puisse être député. L'art. 38 de la constitution de 1848 posa le principe de l'indemnité parlementaire; elle fut fixée à 9.000 fr. par an par l'art. 96 de la loi du 15 mars 1849. L'art. 14 de la constitution de 1852 établit la gratuité du mandat; mais cela ne dura pas longtemps. L'art. 14 du sénatusconsulte du 25 décembre 1852 vint attribuer à tout député une indemnité de 2.500 francs par mois de session; le sénatusconsulte du 18 juillet 1860 remplaça cette indemnité mensuelle par une indemnité fixe de 12.500 fr. pour la session ordinaire, laissant subsister l'indemnité mensuelle pour la session

extraordinaire; les sénateurs recevaient une indemnité annuelle de 30.000 francs.

L'art. 5 du décret du 29 janvier 1871 décida que, conformément à l'art. 96 de la loi du 15 mars 1849, les membres de l'Assemblée nationale toucheraient une indemnité de 9.000 fr. La loi du 16 février 1872 vint confirmer cette disposition, qui, on l'a vu, est appliquée aujourd'hui encore aux députés et aux sénateurs.

Dans la plupart des pays qui pratiquent le régime représentatif, les membres du parlement reçoivent ainsi une indemnité. Cependant, en Allemagne, les membres du *Reichstag* ne reçoivent aucun traitement; ils ont seulement leur parcours gratuit sur les chemins de fer. Il en est de même en Italie et en Espagne. En Angleterre, ni les membres de la chambre des communes, ni ceux de la chambre des lords ne reçoivent d'indemnité. Il est question depuis longtemps de leur en allouer une. Le 11 mai 1904, la chambre des communes en a repoussé le principe proposé par M. Henderson. Mais depuis, un ministère libéral est arrivé au pouvoir avec sir Cambell Bannermann; des élections générales ont eu lieu, qui ont donné la majorité au parti libéral, et la promesse de l'établissement de l'indemnité parlementaire a été faite par Sir Cambell Bannermann dans son discours programme de Newcastle, le 19 mai 1905. Cependant le 7 mars 1906, au moment où la chambre des communes était saisie d'une proposition de M. W. Lever tendant à attribuer à chaque député une indemnité annuelle de 7.500 fr., le premier ministre s'est déclaré favorable au principe, mais a dit que le gouvernement n'avait ni le temps ni l'argent de le mettre à exécution. Néanmoins la chambre des communes a voté la proposition. Cf. pour le détail des législations étrangères sur l'indemnité parlementaire, Jèze, *Revue du droit public*, 1905, p. 829 et suiv.; Pierre, *loc. cit.*, p. 1328; Moreau et Delpech, *Les règlements des assemblées législatives*, index, v° *Indemnité parlementaire*.

Le principe de l'indemnité parlementaire a été très vivement discuté. Il nous semble cependant que dans un régime démocratique il n'est pas sérieusement contestable. Il faut que tout citoyen, riche ou pauvre, puisse être envoyé au parlement; autrement la liberté de choix des électeurs n'est plus complète, et d'autre part on s'expose à priver le pays du concours d'hommes très distingués auxquels leur absence de fortune ne permettrait pas d'abandonner leurs affaires ou leur profession pour venir siéger au parlement. Cependant on a dit qu'en supprimant l'indemnité parlementaire, on écarterait du parlement, au grand avantage du pays, tous les politiciens de carrière, tous ceux qui

font de la politique un véritable métier et qu'on assurerait par là un meilleur recrutement des chambres. Cela ne nous paraît pas certain ; et l'absence d'indemnité serait plutôt un encouragement pour les députés sans fortune à profiter, comme beaucoup n'ont déjà que trop de tendance à le faire, de leur qualité de député pour se livrer à des spéculations financières. La raison de principe qui justifie l'indemnité parlementaire reste donc tout entière.

Cette indemnité est établie non pas vraiment dans l'intérêt personnel du député, mais dans le but d'assurer un recrutement vraiment démocratique du parlement. Il résulte de cela une conséquence importante. Les députés et les sénateurs ne peuvent renoncer à leur indemnité. Ce principe était formulé dans l'art. 38 de la constitution de 1848. Il n'a pas été reproduit dans les lois constitutionnelles et électorales de 1875, mais il est incontesté et incontestable.

Bien qu'elle ne puisse être l'objet d'une renonciation, l'indemnité parlementaire est saisissable, l'indemnité peut être saisie même en totalité (L. 15 mars 1849, art. 97, § 2, rendu applicable aux députés et aux sénateurs par l'art. 17 de la loi du 30 novembre 1875, l'art. 26 de la loi du 2 août 1875 et l'art. 103 de la loi de finances du 31 mars 1903). Le détail des formalités à accomplir au cas de saisie est réglé par les art. 108 à 111 des règlements de comptabilité de chaque chambre. Cf. Pierre, *loc. cit.*, p. 1341, et *Supplément*. 1906, p. 511.

Les sénateurs et les députés, nommés soit aux élections générales, soit aux élections partielles, ont droit à leur indemnité à partir du lendemain du jour de leur élection (Règl. comptabilité, sénat, art. 40; chambre, art. 41). Mais que décider si le sénateur ou le député est invalidé ? La règle est différente au sénat et à la chambre. Au sénat, le sénateur invalidé n'a droit à aucune indemnité, et par suite on ne la lui paie que du jour où il est admis (Règl. compt., art. 40). La même règle était suivie à la chambre jusqu'au 26 juin 1879, date où le bureau de la chambre décida que désormais le député toucherait son indemnité à partir du lendemain de son élection et que si son élection était annulée son droit cesserait au lendemain de cette annulation, mais que ce qui lui avait été payé lui resterait acquis. Cf. Pierre, *loc. cit.*, p. 1333. Au cas d'élection générale à la chambre, les députés nommés n'ont droit à leur indemnité qu'au lendemain du jour où les pouvoirs de la chambre précédente sont arrivés à expiration. Les droits d'un sénateur ou député à son indemnité s'éteignent au

lendemain du jour de la cessation de son mandat. L'indemnité parlementaire se liquide par mois et elle est payable à l'échéance. Chaque douzième se divise en trentièmes indivisibles. L'indemnité cesse de droit pour tout député ou sénateur absent sans congé, pour le député frappé de certaines peines disciplinaires (cf. *infra*, § 121), pour le député contre lequel des poursuites ont été autorisées et qui s'est soustrait au mandat décerné contre lui, et pour le député détenu en vertu d'une condamnation, alors même que cette condamnation n'entraîne pas la perte de la qualité de député (Règl. compt. chambre, art. 19).

Par une résolution en date du 21 décembre 1899, la chambre des députés décidait : « A partir de la clôture de l'exercice 1899, un fonds de secours sera constitué au profit des anciens membres de la chambre des députés et de leur famille. Seront affectées à la formation et à l'alimentation de ce fonds les sommes restées disponibles en fin d'exercice sur le crédit porté à l'art. 1 du budget de la chambre. Cette caisse de secours sera gérée par MM. les questeurs sous le contrôle de la commission de comptabilité ». Cette résolution est devenue sans objet. En effet, la chambre, par une résolution du 23 décembre 1904, et le sénat, par une résolution du 28 janvier 1905, ont créé une caisse spéciale, fonctionnant dans des conditions analogues et destinée à assurer des pensions aux anciens députés ou sénateurs, à leurs veuves ou orphelins mineurs. V. le texte de ces résolutions, *Revue du droit public*, 1906, p. 524 et suiv. La création de ces caisses a été confirmée par la loi du 9 février 1905, qui porte : « Les caisses établies par les résolutions de la chambre et du sénat... peuvent recevoir des dons et legs. Les pensions payées par les dites caisses sont incessibles et insaisissables ». Cons. l'intéressante chronique de M. Delpech, *Revue du droit public*, 1906, p. 515.

De la combinaison des art. 96, § 2 de la loi du 15 mars 1845, 26 de la loi du 2 août 1875 et 17 de la loi du 30 novembre 1875, il résulte que les députés et sénateurs des colonies reçoivent, outre leur indemnité, le prix du passage pour l'aller et le retour.

Les présidents du sénat et de la chambre reçoivent en sus de leur indemnité une indemnité spéciale de 72.000 fr., et les questeurs une indemnité de 9.000 fr. (Résol. sénat 19 décembre 1876, et Résol. chambre 27 juillet 1876). Les présidents sont logés aux palais où siègent les assemblés qu'ils président.

113. Incapacité d'être nommé à une fonction publique. — Pour assurer l'indépendance des chambres, il est nécessaire que leurs membres soient soustraits autant que possible à l'action du gouvernement. C'est le gouvernement qui dispose des places et emplois; d'où cette idée très juste que pendant la

durée de leur mandat les représentants ne doivent pas pouvoir être nommés par le gouvernement à une fonction publique. Une règle absolue en ce sens devrait être établie par notre législation. Or il n'en est rien. Le législateur s'est contenté de décider dans l'art. 11 § 1 de la loi du 30 novembre 1875 qu'un député nommé ou promu à une fonction publique salariée cesse d'appartenir à la chambre par le fait même de son acceptation; mais il peut être réélu si la fonction est compatible avec le mandat de député. On ne trouve aucune disposition de ce genre pour les sénateurs, ni dans la loi du 2 août 1875, ni dans la loi du 9 décembre 1884; et comme d'autre part la loi du 26 décembre 1887 n'a déclaré applicables aux sénateurs que les articles 8 et 9 de la loi du 30 novembre 1875, les sénateurs en fonction peuvent être nommés à une fonction publique salariée par l'Etat sans perdre leur mandat, et ils ne cessent d'appartenir au sénat que si la fonction à laquelle ils sont nommés est incompatible avec leur mandat. Cette différence entre les députés et les sénateurs est injustifiable; nous ne serions pas étonné qu'elle fût le résultat d'un oubli commis par le législateur de 1887.

Au reste même la disposition de l'art. 11 § 1 de la loi du 30 novembre 1875 est complètement insuffisante pour assurer l'indépendance des députés à l'égard du gouvernement, puisqu'un député peut toujours être nommé fonctionnaire, et que si la fonction est compatible il peut être réélu; que si la fonction n'est pas compatible, le gouvernement peut toujours exercer une pression sur tel député en lui faisant miroiter sa nomination à une charge grassement rétribuée. L'expérience prouve que ces promesses ne laissent point les députés indifférents, surtout ceux qui ont des craintes pour leur réélection. A notre sens, le législateur devrait établir l'incapacité absolue des députés et des sénateurs d'être nommés à une fonction publique, non seulement pendant la durée de leur

mandat, mais encore pendant un certain temps, deux ans par exemple, après l'expiration. C'était la règle de la constitution de 1791.

L'Assemblée nationale de 1789 avait compris qu'il fallait établir à cet égard une règle très sévère. Par son décret des 7 novembre 1789-10 janvier 1790, elle interdit à ses membres d'accepter du gouvernement aucune place, même celle de ministre, aucun don, pension, traitement ou emploi, même en donnant leur démission; et dans la constitution de 1791 (tit. III, chap. II, sect. IV, art. 2) on lit : « Les membres de l'Assemblée nationale actuelle et des législatures suivantes... ne pourront être promus au ministère, ni recevoir aucunes places, dons, pensions, traitements ou commissions du pouvoir exécutif ou de ses agents pendant la durée de leurs fonctions ni pendant deux ans après en avoir cessé l'exercice ». Décision analogue de la Convention du 25 septembre 1792 et dans la constitution de l'an III, art. 47. Cette règle ne fut point maintenue pendant le consulat et l'empire. Ni la Charte de 1814, ni la loi électorale de 1817 n'édictèrent de prohibition à cet égard, et les nominations fréquentes de députés à des fonctions publiques furent, pendant toute la Restauration, l'objet de vives critiques. Aussi la loi du 12 septembre 1830, rendue en exécution de l'art. 69, n° 3 de la Charte de 1830, décida-t-elle que tous les députés, nommés à des fonctions publiques, seraient soumis à la réélection. L'art. 28 de la constitution de 1848 décida que, pendant la durée de la législature, aucun député ne pourrait être nommé à une fonction publique dont la désignation du titulaire était laissée au libre choix du pouvoir exécutif; l'art. 89 de la loi du 15 mars 1849 étendit cette prohibition aux six mois suivant la fin de la législature. Mais il était fait exception, par les articles 85 et 88 de la loi du 15 mars 1849, pour les fonctions de ministres et certaines autres fonctions énumérées dans l'art. 85. D'après l'art. 44 de la constitution de 1852, les députés ne pouvaient pas être ministres, et l'art. 2, § 3 du décret organique du 2 février 1852 portait que tout député au corps législatif serait réputé démissionnaire par le seul fait de l'acceptation de fonctions publiques salariées. Le sénatusconsulte de 1870 décida que les ministres pourraient être membres du sénat et du corps législatif (art. 20). L'Assemblée de 1871, par la loi du 15 avril 1872, interdit à ses membres d'accepter aucune fonction publique salariée autre que les fonctions de ministre, de sous-secrétaire d'Etat, d'ambassadeur, de ministre plénipotentiaire et de préfet de la Seine et les fonctions données au concours.

Aujourd'hui, la règle ne s'applique qu'aux députés; elle ne s'applique pas aux sénateurs. Le député qui est nommé ou promu à une fonction publique cesse,

par le fait même de son acceptation, d'appartenir à la chambre. Il faut qu'il soit nommé à une fonction salariée et à une fonction salariée par l'Etat. Par exemple le député nommé maire reste député. La règle est générale et s'applique à toutes les fonctions salariées par l'Etat. Il n'est fait exception que pour les députés nommés ministres ou sous-secrétaires d'Etat « qui ne sont point soumis à la réélection » L. 30 novembre 1875, art. 11, § 2).

Dans le régime parlementaire il est de règle que les ministres et sous-secrétaires d'Etat soient choisis parmi les membres du parlement, et l'on verra plus loin (§ 144) qu'il y a tout avantage à cela. Il eût donc été contradictoire de soumettre à la réélection le député nommé ministre ou sous-secrétaire d'Etat. Cependant en Angleterre on applique la règle même aux ministres et aux sous-secrétaires d'Etat; suivant une tradition toujours respectée, les membres de la chambre des communes qui sont nommés ministres ou sous-secrétaires d'Etat perdent leur mandat et doivent se représenter devant leurs électeurs.

Par le fait de sa nomination à une fonction publique salariée, le député est placé dans la situation où il aurait été s'il avait été fonctionnaire avant d'être député. Si la fonction publique est compatible avec le mandat de député, comme celle de professeur titulaire dans une faculté par exemple, l'ancien député peut se représenter, être régulièrement nommé et exercer à la fois la fonction et le mandat de député. Si au contraire la fonction est incompatible et qu'il soit réélu député, il perd sa fonction et on lui fait application des art. 8-10 de la loi du 30 novembre 1875.

Les députés peuvent, sans perdre leur mandat de député, être chargés d'une mission temporaire. Toute mission qui doit durer plus de six mois cesse d'être temporaire, et le député qui en est chargé perd son mandat de député (Arg. de l'art. 9 § 2 de la loi du 30 novembre 1875). On a souvent donné et renouvelé des missions temporaires à des députés nommés gouverneurs de l'Algérie, de colonies ou de pays de protectorat et qui ainsi ont pu conserver leur mandat de député.

Des lois spéciales ont établi dans des cas tout particuliers des règles analogues à celle qui vient d'être étudiée. L'art. 5 de la loi du 20 novembre 1883 portant approbation de la convention passée avec la Compagnie P.-L.-M. porte : « Tout député ou sénateur

qui, au cours de son mandat, acceptera la fonction d'administrateur d'une compagnie de chemin de fer, sera par ce seul fait considéré comme démissionnaire et soumis à la réélection ». Cette disposition ne vise que les compagnies auxquelles la loi a promis une garantie d'intérêt.

L'art. 10 de la loi du 28 juin 1883 approuvant la convention avec la Compagnie transatlantique relative aux services postaux des Antilles et du Mexique et l'art. 3 de la loi du 8 juillet 1898 approuvant la convention avec la même compagnie relative au service postal de New-York décide que tout député ou sénateur qui accepte de faire partie du conseil d'administration ou de surveillance de la Compagnie est, par le fait même de son acceptation, déchu de son mandat.

Enfin il résulte de l'art. 3 de la loi du 17 novembre 1897, qui a établi l'incompatibilité entre le mandat de député et de sénateur et les fonctions de gouverneur et de sous-gouverneur de la Banque de France, que tout député ou sénateur, qui serait nommé gouverneur ou sous-gouverneur de la Banque de France, perdrait son mandat par le fait de son acceptation de ces fonctions.

Une résolution adoptée par le sénat le 29 juillet 1882 et insérée dans le réglement comme disposition additionnelle porte : « Il est interdit à tout sénateur de prendre ou de laisser prendre sa qualité parlementaire dans des entreprises financières, industrielles ou commerciales ».

114. Irresponsabilité parlementaire. — Il importe d'assurer l'indépendance du député, non seulement à l'égard du gouvernement, mais encore à l'égard des particuliers. Pour que le député puisse remplir son mandat avec une entière liberté et une pleine indépendance, il faut qu'il soit soustrait à toute possibilité de poursuite pénale à l'occasion d'actes rentrant dans ses attributions parlementaires, il faut qu'il échappe à toute responsabilité pécuniaire vis-à-vis des particuliers à l'occasion des actes rentrant dans lesdites attributions. Tels sont les raisons et le principe de l'art. 13 de la loi const. du 16 juillet 1875 : « Aucun membre de l'une ou de l'autre chambre ne peut être poursuivi ou recherché à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions ». De ce texte constitutionnel il convient de rapprocher tout de suite l'art. 41 §§ 1 et 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, qui formule une conséquence du principe :

« Ne donneront ouverture à aucune action les discours tenus dans le sein de l'une des deux chambres ainsi que les rapports ou autres pièces imprimés par ordre de l'une des deux chambres. Ne donnera lieu à aucune action le compte rendu des séances publiques des deux chambres fait de bonne foi dans les journaux ».

Le principe formulé par l'art. 13 de la loi const. du 16 juillet 1875 n'est point nouveau dans notre droit public. Dès le 23 juin 1789 était porté un décret ainsi conçu : « L'Assemblée nationale déclare que la personne de chacun des députés est inviolable, que tout particulier, toute corporation, tribunal, cour ou commission qui oseraient, pendant ou après la présente session, poursuivre, rechercher, arrêter ou faire arrêter, détenir ou faire détenir un député pour raison d'aucune proposition, avis, opinion ou discours par lui faits aux Etats généraux... sont infâmes et traîtres envers la nation et coupables de crime capital... » A l'art. 7 de la sect. v du chap. I du titre III de la const. de 1791, il est dit : « Les représentants de la nation sont inviolables; ils ne pourront être recherchés, accusés, ni jugés en aucun temps pour ce qu'ils auront dit, écrit ou fait dans l'exercice de leurs fonctions de représentants ». On trouvera des dispositions identiques dans les const. de l'an III, art. 110, de l'an VIII, art. 69, de 1848, art. 36. La loi sur la diffamation de 1819 reconnaissait et organisait le principe.

L'irresponsabilité parlementaire est reconnue dans tous les pays qui ont un parlement. En Angleterre, elle est consacrée par le *Bill des droits* de 1688, § 9 : « La liberté de la parole et de débat au parlement ne pourra être attaquée ni mise en question devant un tribunal ou en tout lieu autre que le parlement lui-même ».

L'irresponsabilité parlementaire n'existe que pour les actes faits par le député ou sénateur dans l'exercice de ses fonctions; mais elle existe pour tous ces actes. Cela comprend d'abord les discours prononcés, non seulement en séance publique, mais encore en commission, tous ces discours, alors même qu'ils auraient été l'objet d'une publicité spéciale par suite d'un affichage ordonné par la chambre, les rapports lus en séance publique ou publiés par le *Journal officiel* ou les journaux, et aussi les votes exprimés par les députés ou sénateurs. Cette irresponsabilité protège aussi le député à l'égard des actes faits par lui dans une commission d'enquête parlementaire.

Le député échappe à toute action publique, qui

serait mise en mouvement par le ministère public pour un prétendu délit. Il échappe aussi à toute poursuite des particuliers qui useraient du droit de citation directe, par exemple pour une poursuite en diffamation, ou qui formeraient simplement une action en responsabilité devant les tribunaux civils. Tout tribunal qui serait saisi d'une action publique ou civile dirigée contre un député à l'occasion d'un acte de sa fonction devrait se déclarer incompétent, même d'office et cela en tout état de cause.

Le député ne peut être poursuivi à raison de ses votes. Le vote est l'acte le plus important du mandat législatif; et il importe d'en garantir l'indépendance. Le vote pris en lui-même ne peut jamais donner lieu à une poursuite quelconque. Mais il peut se faire que le vote se rattache à des actes étrangers ou même contraires au mandat du député et constituant des infractions. Ces actes peuvent évidemment être l'objet d'une poursuite. Nous faisons allusion au cas où tel vote n'aurait été émis par un député qu'à la suite d'actes de corruption : ces actes de corruption peuvent certainement être poursuivis et condamnés. Le député tombe sous l'application de l'art. 177 du code pénal. Ce texte ne parle que des fonctionnaires publics; la cour de cassation, par arrêt du 24 février 1893, a très justement décidé que « l'expression *fonctionnaire public*, employée par l'art. 177 du code pénal, vise non seulement les citoyens revêtus, à un degré quelconque, d'une portion de la puissance publique, mais encore ceux qui, mis en possession d'un mandat public..., puisent dans ce mandat le droit de concourir à la gestion des affaires de l'Etat..., qu'au nombre de ces derniers figurent certainement les sénateurs et les députés... » (S., 1893. I, p. 217, avec les conclusions de M. l'avocat général Beaudouin et une note de M. Villey). Il n'est pas inutile de signaler l'addition faite à l'art. 177 du code pénal par la loi du 4 juillet 1889 qui punit « toute personne investie d'un mandat électif, qui aura agréé des offres et promesses, reçu des dons, présents... pour faire obtenir des décorations, médailles, distinctions, récompenses, places, fonctions et emplois, des faveurs quelconques... ». Cette loi fut votée à la suite des affaires Wilson.

Seuls les actes faits par le député ou sénateur dans l'exercice de ses fonctions parlementaires échappent à toute poursuite. Par conséquent n'échappent point aux poursuites les infractions qu'un député ou un sénateur pourrait commettre dans une réunion où il rend compte de son mandat à ses électeurs, ou par les affiches qu'il fait apposer, les lettres, circulaires qu'il rend publiques par la voie de la presse ou autrement.

De même peut être poursuivi en responsabilité le député qui profite de son mandat pour aller dans des cités industrielles provo-

quer ou entretenir des grèves ; c'est là un acte qui ne rentre nullement dans les attributions parlementaires. La cour de Toulouse (20 juillet 1896) a très justement reconnu le principe de cette responsabilité dans l'affaire Rességuier-Jaurès, arrêt confirmé par la cour de cassation, 29 juin 1897 (S., 98, I, p. 17 et suiv., avec une longue note de M. Esmein).

L'irresponsabilité parlementaire ne couvre que les députés et sénateurs ; elle ne couvre point les personnes qui, sans être députés ou sénateurs, font un acte quelconque se rattachant à la vie parlementaire. Par exemple elle ne couvre point les ministres non députés ou sénateurs et les commissaires du gouvernement (nommés par application de l'art. 6, § 2 de la loi du 16 juillet 1875) qui prennent part à une discussion dans les chambres et y prononcent des discours. Elle ne couvre pas davantage et *a fortiori* les signataires de pétitions adressées aux chambres et rendues publiques par les journaux officiels ou autres.

La disposition de l'art. 13 de la loi const. du 16 juillet 1875 est complétée par celle de l'art. 41, § 2 précité de la loi du 29 juillet 1881, d'après lequel ne peuvent donner lieu à aucune action le compte rendu des séances publiques des deux chambres fait de bonne foi dans les journaux. Cette irresponsabilité ne s'applique, bien entendu, qu'au compte rendu proprement dit, et non point aux observations, notes ou articles que peuvent suggérer au journaliste les débats parlementaires.

On s'est demandé si cette irresponsabilité du journaliste publiant de bonne foi le compte rendu d'un débat parlementaire laissait subsister au profit de la personne visée le droit de réponse consacré d'une manière très large par les articles 12 et 13 de la loi du 29 juillet 1881. Nous estimons que le particulier visé n'a pas plus le droit de réponse qu'il n'a le droit de former une action en responsabilité. La reproduction de bonne foi d'un débat parlementaire n'est pas à vrai dire un acte de journaliste ; et par conséquent l'individu visé ne peut pas exiger que le journaliste insère sa réponse. Cf. en ce sens un arrêt ancien de la cour de cassation, 6 janvier 1863, D., 1863, I, p. 21. *A fortiori* le droit de réponse n'existe pas vis-à-vis des journaux officiels publiant le compte rendu officiel des séances du parlement.

Si les députés et les sénateurs bénéficient de l'irresponsabilité, à l'inverse lorsqu'ils sont l'objet de diffamation à l'occasion de l'exercice de leur mandat, la preuve de la vérité du fait diffamatoire est toujours recevable, et les diffamateurs doivent être poursuivis devant la cour d'assises (L. 29 juillet 1881, art. 31 et 35).

Il faut noter que si les députés échappent à toute poursuite pour les actes de la vie parlementaire, ils peuvent être l'objet, à l'occasion de ces actes, de peines disciplinaires qui seront expliquées au § 121.

115. Inviolabilité parlementaire. — Toujours dans le but d'assurer l'indépendance des membres du parlement, les législations politiques modernes décident qu'ils ne peuvent être poursuivis pendant les sessions des chambres, à l'occasion d'une infraction étrangère à leur fonction, sans l'autorisation de la chambre dont ils font partie. Cette règle est inscrite dans l'art. 14, § 1 de la loi const. du 16 juillet 1875 : « Aucun membre de l'une ou de l'autre chambre ne peut pendant la durée de la session être poursuivi ou arrêté en matière criminelle ou correctionnelle qu'avec l'autorisation de la chambre dont il fait partie, sauf le cas de flagrant délit ».

Pas plus que celle de l'art. 13, cette disposition de l'art. 14, § 1 de la loi const. du 16 juillet 1875 n'est nouvelle dans notre droit public. Déjà le décret précité du 23 juin 1789 déclarait tout député inviolable. Le décret du 26 juin 1790 précisait les caractères de cette inviolabilité en décidant qu'un député ne pouvait être décrété d'accusation par aucun juge avant que l'Assemblée eût décidé qu'il y avait lieu à accusation. La const. de 1791 portait : « Ils (les représentants) pourront pour faits criminels être saisis en flagrant délit ou en vertu d'un mandat d'arrêt ; mais il en sera donné avis sans délai au corps législatif, et la poursuite ne pourra être continuée qu'après que le corps législatif aura décidé qu'il y a lieu à accusation » (tit. III, chap. I, sect. V, art. 8). Dès le 1er avril 1793, la Convention décidait que l'inviolabilité de ses membres serait suspendue; elle la rétablissait par un décret du 20 brumaire an II, rapporté il est vrai deux jours après. Le 8 brumaire de l'an III, elle était rétablie et la const. de l'an III (art. 110 à 123) l'entourait de sérieuses garanties. La const. de l'an VIII exigeait l'autorisation du corps dont ils faisaient partie pour les poursuites contre les sénateurs, les tribuns et les législateurs. Aux termes de l'art. 34 de la Charte de 1814, les pairs ne pouvaient être arrêtés que de l'autorité de la haute assemblée et jugés que par elle ; et d'après les art. 51 et 52, hors le cas de flagrant délit les députés, pendant la durée de la session, ne pouvaient être poursuivis qu'avec l'autorisation de la chambre. Rapp. Charte 1830, art. 29, 43 et 44, et Const. 1848, art. 36 et 37. Les auteurs de la const. de 1852 ne voulurent pas faire de l'inviolabilité parlementaire un principe constitutionnel; elle fut

consacrée pour les députés par le décret org. du 2 février 1852 (art. 10 et 11) et pour les sénateurs par le sénatusconsulte du 4 juin 1858, art. 1.

La règle de l'inviolabilité, consacrée aujourd'hui par l'art. 14, § 1 précité de la loi du 16 juillet 1875, constitue pour les membres du parlement un véritable privilège. Mais ce privilège se justifie amplement par la nécessité d'assurer l'indépendance du parlement, de soustraire ses membres à l'espèce de chantage que le gouvernement, qui dispose de l'action publique, pourrait exercer sur eux, et aux tracasseries que des particuliers, par le droit de citation directe, pourraient susciter à des députés dont ils croient avoir à se plaindre. L'inviolabilité pas plus que l'irresponsabilité (§ 114) n'est établie à vrai dire dans l'intérêt du député qui en profite, mais dans l'intérêt du parlement, dans l'intérêt, peut-on dire, de la souveraineté nationale elle-même, que le parlement est censé représenter. Les immunités ne constituent donc point des droits subjectifs, mais bien une situation objective. Par conséquent, le député ne peut y renoncer. Il ne pourrait pas être poursuivi pour un fait relatif à ses fonctions, alors même qu'il accepterait cette poursuite ; il ne pourrait pas être poursuivi pour une infraction sans l'autorisation de la chambre à laquelle il appartient, alors même qu'il accepterait la poursuite. Le tribunal saisi devrait, même d'office, et nonobstant une demande formelle du député tendant à être jugé, se déclarer incompétent jusqu'à ce que la chambre ait autorisé la poursuite. Ces solutions sont hors de toute contestation.

Il faut décider aussi, toujours parce qu'il y a là une situation de droit objectif, que si une loi intervenait modifiant en plus ou en moins l'étendue de ces immunités, ou les supprimant, elle s'appliquerait aux députés et aux sénateurs en fonction au moment de sa promulgation.

A quelles personnes s'applique la règle de l'inviolabilité ? — A tous les membres du parlement sans distinction, même à ceux qui se trouvent en fait investis d'une fonction publique en même temps que du mandat législatif.

L'inviolabilité est acquise aux sénateurs et aux députés proclamés avant même que leur pouvoir ait été vérifié.

L'inviolabilité n'existe que pendant la session. — Elle commence avec la session et finit avec elle (cf. § 117). Les ajournements que les chambres s'octroient à elles-mêmes n'interrompent pas la session et par conséquent ne suspendent point l'inviolabilité. On peut se demander s'il en est de même au cas d'un ajournement prononcé par le président de la république, en vertu des pouvoirs à lui conférés par l'art. 2, § 2, de la loi const. du 16 juillet 1875. On décide en général que l'inviolabilité n'est point suspendue pendant cet ajournement, précisément parce qu'il n'y a là qu'un ajournement et que la session n'est point close. La session n'est close qu'au moment où le décret de clôture a été lu aux chambres.

C'est en vertu de la même idée que lorsque comme en 1906 la fin de la législature arrive pendant le cours de la session ordinaire de cinq mois au minimum (L. const. 16 juillet 1875, art. 1, § 2), les députés non réélus demeurent inviolables jusqu'à l'expiration des pouvoirs de la chambre dont ils font partie. En fait, en 1906, malgré le renouvellement de la chambre les 6 et 20 mai, les députés appartenant à la précédente législature sont restés inviolables jusqu'au 31 mai 1906 date de l'expiration de leurs pouvoirs. Mais on peut se demander si les députés qui sont élus ainsi, au moment d'un renouvellement général, au cours d'une session ordinaire, deviennent immédiatement inviolables ou ne le deviennent qu'au lendemain du jour où s'achève la législature précédente, si notamment les députés nouvellement élus les 6 et 20 mai 1906 ont été inviolables à partir du jour où ils ont été proclamés ou ne l'ont été qu'à partir du 1er juin. Logiquement, il faut admettre qu'ils sont inviolables du jour de leur élection; c'est conforme à ce qui a été dit précédemment. Cependant on peut soutenir qu'ils ne sont inviolables qu'à partir du 1er juin, parce que, jusqu'à cette date, c'est la chambre ancienne qui est en session et non la chambre nouvelle. Cf. en ce sens, cour Paris 10 novembre 1902 et cassation 30 janvier 1903, *Revue du droit public*, 1903, I, p. 274, avec un intéressant article de M. Delpech.

A quels faits s'applique l'inviolabilité? — Seulement à des faits constituant une infraction, que la poursuite soit exercée par le ministère public ou par un particulier agissant en vertu du droit de citation directe en

matière correctionnelle, établi par l'art. 182 C. instr. crim. L'inviolabilité s'applique à toutes les infractions qualifiées crimes ou délits. L'art. 14 porte : « en matière criminelle ou correctionnelle ». Elle ne s'applique point aux contraventions de police. Il y a là une règle tout à fait exceptionnelle qu'il faut interpréter restrictivement ; or le texte ne parle que des crimes et délits. D'ailleurs cela se conçoit; les poursuites en matière de contravention ne sont jamais assez graves pour qu'elles puissent porter atteinte à l'indépendance des députés.

En 1892, en cours de session, deux députés ont été cités en simple police. M. Floquet, alors président de la chambre, a déclaré à M. le garde des sceaux Ricard que ces citations lui paraissaient contraires aux immunités parlementaires. Le garde des sceaux fit des réserves sur le point de droit; mais cependant il fit suspendre les poursuites. De même en 1904, sur la demande du président de la chambre, le garde des sceaux a ordonné la suspension jusqu'à la fin de la session d'une poursuite en simple police dirigée contre un député. Cf. Pierre, *loc. cit.*, p. 1229 et *Supplément*, 1906, p. 477.

Flagrant délit. — L'inviolabilité judiciaire n'existe pas lorsqu'il y a flagrant délit. Il faut considérer qu'il y a flagrant délit et que, par conséquent l'immunité est supprimée dans tous les cas qui sont indiqués par l'art. 41 du code d'inst. crim. : le délit se commet ou vient de se commettre; le prévenu est poursuivi par la clameur publique; le prévenu est trouvé saisi d'effets, armes, instruments ou papiers faisant présumer qu'il est auteur ou complice, pourvu que ce soit dans un temps voisin du délit. Lorsqu'il y a flagrant délit, l'inviolabilité parlementaire, à notre avis, cesse complètement; le droit commun reprend son empire; le député, présumé auteur du flagrant délit, peut être poursuivi et arrêté comme s'il n'était pas député; il n'y a point lieu de demander à la chambre une autorisation quelconque, et celle-ci ne peut requérir la suspension ni de la détention ni de la poursuite. Ces solutions nous paraissent incontestables devant le texte de l'art. 14 qui excepte sans aucune réserve le

flagrant délit. Comme l'inviolabilité parlementaire est une dérogation profonde au droit commun, une exception grave au principe primordial de l'égalité devant la loi, on ne peut l'étendre en dehors des termes stricts du texte.

Cependant les présidents et les membres des assemblées politiques, qui, surtout dans nos démocraties modernes, ont une tendance fâcheuse à s'arroger des privilèges, ont, à plusieurs reprises, prétendu que, même au cas de flagrant délit, les députés n'étaient point soumis au droit commun. On a soutenu notamment, bien que cela ne repose sur rien, que, dans le cas de flagrant délit, un député pouvait être arrêté sans autorisation de la chambre, mais que les poursuites ne pouvaient avoir lieu contre lui qu'avec l'autorisation. M. Floquet, président de la chambre des députés, disait le 18 février 1892 : « Je ne peux pas laisser émettre à la tribune cette théorie que le flagrant délit permet de commencer des poursuites contre un membre du parlement sans l'autorisation de l'assemblée dont il fait partie. Le flagrant délit permet l'arrestation, mais une fois l'arrestation opérée, une autorisation est nécessaire pour que des poursuites puissent être exercées ».

On a soutenu en outre et la chambre a même décidé que lorsqu'un député avait été arrêté au cas de flagrant délit, la chambre pouvait requérir sa mise en liberté; on a invoqué, par analogie, la disposition du § 2 de l'art. 14, qui prévoit seulement le cas où poursuite et détention ont commencé dans l'intervalle des sessions. Le 30 novembre 1896, la chambre a ordonné la mise en liberté de M. le député Chauvin, arrêté en flagrant délit. Le 19 juin 1903, la question s'est posée encore devant la chambre à l'occasion de M. de Dion, arrêté pour flagrant délit de rébellion et condamné en police correctionnelle. M. le garde des sceaux Vallé couvrit le procureur de la république qui avait provoqué la condamnation, mais ajouta : « Je prends l'engagement d'aviser MM. les procureurs généraux qu'ils ne devront pas aller plus loin que l'arrestation et que j'aurai à m'entendre ensuite avec M. le président de la chambre ». La chambre vota à l'unanimité un ordre du jour « approuvant les déclarations du gouvernement ». Le 14 novembre 1905, la question fut encore soulevée à la chambre; M. Doumer, président, rappela que, d'après l'interprétation de M. Vallé, le précédent garde des sceaux, « s'il était permis à l'autorité judiciaire de procéder, en cas de flagrant délit, à l'arrestation d'un député, elle ne pouvait continuer les poursuites sans en référer à la chambre ». Cette solution parait définitivement acquise. Si elle était conforme aux art. 36 et 37 de la const. de 1848, elle nous parait inadmissible avec l'art. 14 de la loi de 1875.

Sur la question du flagrant délit, cons. Laborde, *L'inviolabilité parlementaire, Revue critique,* 1906, p. 403.

Effets de l'inviolabilité. — Elle n'a point pour conséquence de soustraire le représentant à toute poursuite judiciaire ; seulement les poursuites sont nulles et le représentant ne peut être arrêté, tant que l'autorisation n'a pas été donnée par la chambre à laquelle il appartient.

L'inviolabilité judiciaire couvre-t-elle non seulement la personne du député, mais encore son domicile ? C'est-à-dire l'autorité judiciaire (ou l'autorité administrative dans le cas où elle a ce pouvoir) peut-elle ordonner et faire des perquisitions au domicile d'un membre du parlement, pendant la session, sans l'autorisation de la chambre dont il fait partie ? En vertu de la règle d'interprétation restrictive déjà invoquée. la solution affirmative nous paraît certaine. La constitution ne parle que de poursuite et d'arrestation et non point de perquisitions domiciliaires ; par conséquent, pour celles-ci, les membres du parlement doivent être soumis au droit commun.

C'est ce que disait M. Dufaure à la séance du 27 juin 1849 : « On prétend que la prérogative parlementaire s'étend non seulement à la personne des représentants, mais encore à leur domicile..... Qu'on me permette de le dire, une telle dérogation aux règles de l'égalité civile aurait besoin d'être écrite dans la constitution ou dans quelque loi. Je ne la trouve écrite nulle part ». La chambre parut approuver. La dérogation n'est pas plus dans la constitution de 1875 et dans les lois en vigueur aujourd'hui qu'elle n'était dans la constitution de 1848, dans les lois de 1849. Dans la séance du 6 mai 1893. la question d'inviolabilité du domicile n'a pas été soulevée à l'occasion d'une perquisition opérée pendant la session par des agents des contributions indirectes dans une propriété possédée par un député par indivis avec son frère. Le ministre des finances a cependant exprimé en séance ses regrets de l'incident. Cf. Pierre, *loc. cit.*, p. 1213.

Comment est demandée et obtenue l'autorisation de poursuite? — Lorsque la demande en autorisation de poursuite contre un député ou un sénateur est formée à la requête du ministère public, la chambre est régulièrement saisie sur le réquisitoire du procureur général, transmis au président de la chambre par le ministre de la justice. Si la demande en autorisation

de poursuite émane d'un particulier agissant en matière correctionnelle en vertu du droit de citation directe (art. 182, C. inst. crim.), il est de jurisprudence constante que la chambre n'est valablement saisie que si le particulier justifie d'un commencement de poursuite, soit d'une assignation lancée, soit même d'un projet d'assignation présenté au parquet et portant un visa indiquant qu'il a été refusé de donner jour à raison de l'immunité parlementaire.

Cette jurisprudence a été constamment suivie dans les chambres depuis 1865, où une note fut donnée sur sa demande au président du corps législatif par le secrétaire général concluant ainsi : « Le président du corps législatif ne peut soumettre à la chambre aucune demande ou autorisation de poursuite présentée par un particulier, qui ne soit précédée d'une plainte et il y a lieu d'écarter toute demande de cette nature qui, tant qu'elle n'a pas pour base le dépôt préalable devant les autorités compétentes d'une plainte, ne constitue qu'une tentative de diffamation contre un membre du corps législatif » (Pierre, *loc. cit.*, p. 1241). On veut ainsi que la chambre n'ait à délibérer que sur une demande de poursuite sérieuse.

Les demandes en autorisation de poursuite sont lues à la chambre par le président qui en ordonne l'impression et le renvoi dans les bureaux; une commission est nommée. La chambre peut prononcer l'urgence et voter immédiatement. Habituellement, elle statue sur un rapport fait par une commission, suivant les règles de la procédure parlementaire ordinaire (cf. *infra*, §§ 123, 125, 127). Elle n'est pas obligée de donner une solution unique; elle peut distinguer les personnes s'il y a plusieurs de ses membres inculpés, accorder l'autorisation pour les uns, la refuser pour les autres.

La chambre saisie d'une demande en autorisation de poursuite n'a point à examiner le bien fondé de l'inculpation; elle n'a point le rôle d'une juridiction; elle est chargée de sauvegarder son indépendance et doit examiner seulement si la demande est loyale et sincère ou si au contraire elle est motivée au fond par la pensée, au cas où elle émane du gouvernement, de porter atteinte à l'honneur, à la liberté de certains députés, et au cas où elle émane d'un particulier, si elle n'est pas inspirée par des rancunes personnelles ou des passions politiques. Cf. Moreau, *Revue du droit public*, 1899, I, p. 451. Ainsi une commission parlementaire, saisie d'une

demande en autorisation de poursuite, agit incorrectement, quand, comme les commissions de la chambre et du sénat, en 1897, saisies de demandes en autorisation de poursuite pour des affaires se rattachant au Panama, elle sollicite du procureur général « des éclaircissements précis sur les preuves complémentaires ». Cf. Moreau, *Revue du droit public*, 1899, I, p. 449. Au contraire le président de la commission chargée d'examiner la demande en autorisation de poursuite formée par le parquet, au mois de novembre 1904, contre M. Syveton pour voies de fait contre le général André, paraît avoir tenu la main à ce que la commission n'examinât point le fond de la poursuite. Cf. Delpech, *Revue du droit public*, 1905, p. 195.

On s'est demandé si au cas où l'autorisation de poursuite était refusée par la chambre, la demande en autorisation constituait un acte interruptif de prescription de l'action publique. La solution affirmative est certaine. S'il en était autrement, l'inviolabilité des représentants deviendrait un privilège personnel injustifiable. D'autre part il ne peut dépendre d'une chambre d'éteindre l'action publique, en laissant s'accomplir la prescription par son refus systématique d'accorder ou même d'examiner la demande en autorisation de poursuite. Cf. en ce sens, *Rapports* au sénat de M. Cordelet, 27 avril 1893 et de M. Garreau, 9 juin 1903; Pierre, *Droit polit. et parlem.*, *Supplément*, 1906, p. 468.

De la poursuite et de la détention commencées pendant l'intervalle des sessions. — On a dit plus haut que les députés ne bénéficiaient de l'inviolabilité que pendant la durée des sessions. On peut donc supposer que pendant l'intervalle des sessions un député soit poursuivi et mis en état de détention préventive, puis que la session des chambres commencée, ces poursuites n'étant pas achevées, cette détention subsiste. Quels sont alors les droits de la chambre à laquelle il appartient? Ni les constitutions ni les lois antérieures ne prévoyaient cette hypothèse. La loi const. du 16 juillet 1875 l'a prévue : « La détention ou la poursuite d'un membre de l'une ou de l'autre chambre est suspendue pendant la session, et pour toute sa durée si la chambre le requiert » (art. 14, § 2). Le texte paraît très clair; il a donné lieu cependant à des difficultés.

Supposons d'abord que, la poursuite étant commencée pendant l'intervalle des sessions, la session commence et que la chambre ne requière point la suspension. La poursuite suivra son cours normal. Si le

député a été mis en état de détention préventive, il y restera; il pourra être jugé et condamné; tous les actes de la procédure pourront être faits; une citation en appel pourra être dirigée contre lui sans autorisation; il en sera de même de la citation à comparaître devant une juridiction de renvoi après cassation.

Ces diverses solutions ne font point difficulté. Mais le doute commence quand, la poursuite ayant été commencée pendant l'intervalle des sessions sans qu'il y ait eu arrestation, on se demande si cette arrestation peut être ordonnée, en vertu du développement normal de la poursuite, sans autorisation, après l'ouverture de la session. La solution affirmative s'impose, à notre avis. La poursuite, ayant été commencée pendant les vacances parlementaires, doit pouvoir continuer, produire toutes ses conséquences normales, à moins que la chambre n'en requière la suspension, conformément à l'art. 14, § 2; or, par hypothèse, elle ne la requiert pas; l'arrestation peut donc être ordonnée, comme conséquence normale de la poursuite, sans autorisation de la chambre. — C'est ainsi que M. Marcel Habert, ayant été décrété d'accusation par la commission de la haute cour, le 30 octobre 1899, pendant les vacances parlementaires, a pu très régulièrement être mis en état d'arrestation le 19 décembre 1899, pendant la session parlementaire. Cf. en ce sens Moreau, *Revue du droit public*, 1902, II, p. 336; Esmein, S., 1901, II, p. 57. Rap. Delpech, *Sessions et immunités parlem.*, *Revue du droit public*, 1903, I, p. 272.

A fortiori, si la poursuite commencée pendant les vacances parlementaires aboutit à une condamnation à une peine privative de liberté pendant la session parlementaire, cette condamnation pourra être exécutée sans qu'il soit besoin d'une autorisation de la chambre (Pierre, *loc. cit.*, p. 1226).

Supposons que la poursuite ayant été commencée pendant l'intervalle des sessions, la chambre ait requis la suspension de la poursuite. La chambre possède à cet égard une liberté entière. Elle peut requérir la suspension pour un ou plusieurs députés individuellement, ou collectivement pour tous ses membres qui ont été l'objet de poursuites pendant les vacances parlementaires (Résol. chambre, 29 octobre 1903). Elle peut requérir la suspension de la poursuite et de la détention préventive ou seulement la suspension de la détention. La suspension de la poursuite peut être réclamée en tout état de cause. La chambre ayant requis

cette suspension, toute poursuite doit être arrêtée et suspendue jusqu'à la fin de la session, et le député doit être mis immédiatement en liberté et y rester jusqu'à la fin de la session.

Mais, à notre avis, la chambre ne peut requérir la suspension que d'une détention préventive. Si un député avait été régulièrement condamné à une peine privative de la liberté pendant les vacances parlementaires, ou si un citoyen non député, condamné régulièrement à une peine de cette espèce, avait été élu député avant l'expiration de sa peine, la chambre ne pourrait point requérir la suspension de la détention. Cette solution nous paraît incontestable. En effet, il ne peut appartenir à la chambre des députés de suspendre les effets d'une décision de justice. Elle peut suspendre une détention préventive qui n'est pas autre chose qu'une mesure de précaution : elle ne peut suspendre les effets d'une décision juridictionnelle qui s'impose à tous. Si la chambre avait ce pouvoir, il faudrait aller jusqu'au bout, et lui reconnaître le droit de requérir la suspension d'un arrêt de la cour d'assises prononçant, contre un député criminel, une condamnation à la peine des travaux forcés ou même à la peine de mort. Personne n'ose aller jusque-là.

Le 10 janvier 1895, M. Millerand demanda à la chambre de requérir la suspension de l'emprisonnement de M. Gérault-Richard, élu député pendant qu'il était en prison ; M. Dupuy, président du conseil, dit très justement que l'art. 14, § 2 ne visait pas le cas d'un citoyen élu député, que dans tous les cas la chambre ne pouvait pas requérir la suspension de l'exécution d'une condamnation régulièrement prononcée, que sans doute il y avait un précédent datant de 1891 (cas de M. Lafargue), mais qu'il ne pouvait pas lier la chambre, qu'en réclamant la mise en liberté la chambre empiéterait sur le domaine judiciaire, « foulerait aux pieds un jugement inattaquable, violerait au profit d'une circonscription les droits du suffrage universel qui réclame l'application impartiale de la loi ». La chambre suivit le président du conseil et ne requit pas la suspension de l'emprisonnement de M. Gérault-Richard, qui fut gracié.

M. Moreau critique cette solution ; il estime que la chambre peut requérir la suspension même d'une détention régulièrement prononcée par une décision de justice. Ses arguments ne nous paraissent pas infirmer les raisons données précédemment (Moreau, *Revue du droit public*, 1896, II, p. 294).

En Angleterre, on s'est préoccupé de bonne heure de protéger les membres du parlement contre certaines poursuites ou arrestations : mais le privilège de *freedom from arrest* visait principalement la contrainte par corps. Rap. Charte 1814, art. 51 et D. org. 2 février 1852, art. 10. Erskine May écrit : « Le privilège de *freedom from arrest* a toujours été limité aux causes civiles et jamais on n'a permis qu'il entravât l'administration de la justice criminelle... La

chambre n'admet pas que même le sanctuaire de ses murailles protège un de ses membres contre l'action de la loi pénale. Mais toutes les fois que des membres sont arrêtés sous une inculpation pénale, les causes pour lesquelles ils sont empêchés de faire leur service au parlement doivent être communiquées à la chambre » (*Parliamentary practice*, 8e édit., p. 141). Rap. Esmein, *Droit constitutionnel*, 4e édit., 1906, p. 807. Sur les immunités parlementaires à l'étranger, cons. L. Fuld, *Archiv für öffent. Recht*, IV, 1889, p. 340.

116. Service militaire des membres du parlement. — On a déjà cité l'art. 7 de la loi du 21 mars 1905, qui, reproduisant l'art. 7 de la loi de 1889 (rédaction du 14 août 1893) sur le recrutement, porte que nul ne peut être investi de fonctions publiques, même électives, s'il ne justifie avoir satisfait aux obligations de la loi sur le recrutement, et l'art. 1, § 1 de la loi du 20 juillet 1895 d'après lequel nul ne peut être membre du parlement s'il n'a satisfait définitivement aux prescriptions de la loi militaire concernant le service actif. Cf. § 110, n° 3.

La loi du 20 juillet 1895 règle aujourd'hui de la manière suivante la situation des membres du parlement, en temps de paix, au point de vue du service militaire. Nul ne pouvant être sénateur qu'à 40 ans, on voit facilement que cette loi en fait s'applique surtout aux députés. En temps de paix, les membres du parlement ne peuvent faire aucun service militaire pendant les sessions. Ils ne le peuvent qu'à trois conditions : 1° il faut que le ministre de la guerre le demande; 2° il faut qu'ils y consentent; 3° il faut qu'ils y soient autorisés par l'assemblée à laquelle ils appartiennent. Il s'agit évidemment des périodes d'instruction des réservistes et de l'armée territoriale, aussi bien d'ailleurs des simples soldats que des officiers (art. 2).

Les membres du parlement qui font un service militaire ne peuvent venir siéger, pendant leur service, à l'assemblée à laquelle ils appartiennent; ils ne peuvent, dit la loi, participer aux délibérations ni aux votes de l'assemblée à laquelle ils appartiennent (art. 5, § 1). Mais en cas de convocation de l'assemblée nationale, soit pour la revision de la constitution, soit pour l'élection du président de la république, leur service militaire est suspendu de plein droit pendant la durée de la session de cette assemblée (art. 4, § 2).

Enfin l'art. 4 stipule que les dispositions des art. 2 et 3 de cette loi ne s'appliquent pas aux officiers généraux maintenus sans limite d'âge dans la première section du cadre de l'état-major général et aux officiers généraux et assimilés placés dans la deuxième section du cadre de l'état-major général.

L'art. 2 de cette loi du 20 juillet 1895 porte expressément qu'elle ne s'applique qu'en temps de paix. Mais on s'est souvent préoccupé de la question de savoir quelle serait la situation des membres du parlement en temps de guerre. Il y a là, en effet, une question très délicate. Suivant les principes d'égalité absolue qui sont à la base de nos lois de recrutement et particulièrement de la loi du 21 mars 1905, tous les Français sans distinction, qui sont dans les limites d'âge fixées par la loi et qui ne sont pas invalides, doivent être compris dans la mobilisation ; les députés ne peuvent avoir, dans un pays égalitaire et démocratique, de privilège à cet égard. Il pourrait en résulter que plus de la moitié des membres de la chambre soient appelés sous les armes. Et cependant il importe au premier chef qu'en temps de guerre le parlement puisse se réunir pour voter la déclaration de guerre qui pourra intervenir après la mobilisation, pour contrôler le gouvernement, pour voter les crédits nécessaires. Il serait donc d'une grande importance qu'une loi intervînt qui réglât cette situation.

On s'est préoccupé de cette question dès l'année 1887, mais sans aboutir à aucune solution. En 1893, 1894 et 1895 plusieurs propositions furent faites, par M. J. Fabre au sénat, par M. Castelin, le général Jung et M. Gauthier (de Clagny) à la chambre. M. Castelin notamment proposait de reviser la constitution dans ce sens que, au cas de déclaration de guerre, le pouvoir législatif serait suspendu. Dans la première séance de la chambre du 27 février 1906, M. de Rosambo a rappelé ces précédents et attiré l'attention de M. le ministre de la guerre sur cette importante question. M. Etienne, ministre de la guerre, a répondu que les membres du parlement astreints au service militaire ne seront appelés que le huitième jour de la mobilisation, « que le problème méritait d'ailleurs l'attention du gouvernement, qu'il l'étudierait... avec tout le soin désirable et qu'il n'aurait qu'un seul souci, celui de soumettre la solution dans le plus bref délai possible » (Chambre, 1re séance du 27 février 1906).

C. *Réunion et constitution des chambres.*

117. Session des chambres. — On appelle *permanente* une assemblée qui a le droit de fixer elle-même la date et la durée de ses sessions. Toutes nos assemblées nationales constituantes ont été des assem-

blées permanentes. C'était logique; puisqu'elles réunissaient en elles tous les pouvoirs, elles devaient avoir le droit de fixer la date et la durée de leurs sessions.

Les auteurs de la constitution de 1791 tiraient du principe de la séparation des pouvoirs, tel qu'ils l'entendaient (cf. § 54), cette conséquence que le roi, pouvoir exécutif, ne pouvait avoir aucune action sur l'assemblée, pouvoir législatif. D'où cette disposition de l'art. 1 du préambule du chapitre I du titre III de la constitution de 1791 : « L'assemblée nationale formant le corps législatif est *permanente...* ». Cependant le roi pouvait convoquer le corps législatif dans l'intervalle des sessions toutes les fois que l'intérêt de l'Etat lui paraîtrait l'exiger et dans les cas déterminés par le corps législatif avant sa séparation. Mais il ne pouvait ni l'ajourner, ni le dissoudre (Const. 1791, tit. III, chap. I, préamb., art. 4 et 5). — Les auteurs de la constitution de 1848, partant aussi du principe de la séparation des pouvoirs, édictèrent des dispositions analogues. « L'assemblée nationale est permanente. Néanmoins elle peut s'ajourner à un terme qu'elle fixe. Pendant la durée de la prorogation une commission, composée des membres du bureau et de 25 représentants nommés par l'assemblée, a le droit de la convoquer en cas d'urgence. Le président de la république a aussi le droit de la convoquer » (Const. 1848, art. 32). Mais il ne peut ni l'ajourner ni la dissoudre (Const. 1848, art. 51).

D'après les Chartes au contraire, les chambres ne pouvaient se réunir que sur la convocation du roi, qui pouvait les proroger et qui pouvait dissoudre la chambre des députés (Charte 1814, art. 50; Charte 1830, art. 42). D'après la constitution de 1852 (art. 46) et le sénatusconsulte constituant de 1870 (art. 35), le président de la république, l'empereur ensuite, convoque, proroge et ajourne le corps législatif.

En Angleterre on a conservé la vieille règle que le parlement ne peut se réunir que sur convocation du roi, qui peut toujours le proroger et dissoudre la chambre des communes. Le parlement se réunit au jour fixé par la proclamation qui le convoque. En droit, la couronne a le droit absolu de ne pas convoquer le parlement. En fait, elle ne peut pas ne pas le convoquer puisque le parlement est maître de la bourse. Cf. Anson, *Loi et pratique const.*, édit. franç., 1903, p. 69.

Les auteurs de la constitution de 1875 ont justement pensé que créer une assemblée permanente, ce serait donner au parlement une prépondérance dangereuse, et que d'autre part donner au président de la république le droit sans limite de convoquer, d'ajourner et de proroger le parlement, ce serait

lui donner une prérogative inacceptable dans un pays démocratique. Le régime qu'ils ont établi repose tout entier sur l'équilibre de forces et de pouvoirs qui doit exister autant que possible entre le parlement et le gouvernement. Conformément à ce principe, la loi const. du 16 juillet 1875 (art. 1, 2 et 4) a établi un système assez compliqué d'après lequel certains droits de réunion sont attribués au parlement, et certains droits de convocation, de clôture et d'ajournement au gouvernement. A tout prendre le système est ingénieux et a fonctionné depuis trente et un ans sans à-coup.

Droits du parlement. — Chaque année les chambres se réunissent de plein droit, par conséquent sans convocation, le second mardi de janvier en session ordinaire. Cette session doit durer *cinq mois* au moins. Le gouvernement, qui, aux termes de l'art. 2 de la loi du 16 juillet 1875, prononce la clôture des sessions, même des sessions ordinaires, ne peut pas prononcer la clôture de la session ordinaire tant qu'elle n'a pas duré cinq mois. Il faut que pendant cinq mois, à partir du second mardi de janvier, les chambres aient été libres de se réunir et de délibérer quand et comme elles l'ont voulu. Il résulte de là que les congés que les chambres s'accordent elles-mêmes sont compris dans cette durée de cinq mois, et qu'au contraire les ajournements que peut prononcer le président de la république et qui peuvent être de deux mois (L. 16 juillet 1875, art. 2, § 2) ne doivent pas être compris dans cette durée de cinq mois (L. 16 juillet 1875, art. 1).

Reproduisant une résolution du 1er août 1872, l'Assemblée nationale introduisit dans l'art. 1 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 un § 3 ainsi conçu : « Le dimanche qui suivra la rentrée, des prières publiques seront adressées à Dieu dans les églises et dans les temples pour appeler son secours sur les travaux de l'assemblée ». Le texte a été abrogé par l'art. 4 de la loi constitutionnelle du 14 août 1884. Cf. § 88 *in fine*.

On a vu plus haut (§ 106) que la loi du 22 juillet 1893 a décidé qu'exceptionnellement les pouvoirs de la chambre élue en 1893 dureraient jusqu'au 31 mai 1898. Ainsi depuis 1898, le renouvelle-

ment intégral de la chambre des députés a lieu au milieu de la session ordinaire constitutionnelle. La première fois où cette coïncidence s'est produite, en 1898, elle a soulevé quelques difficultés. La chambre, dont la législature s'achevait, avait assurément le droit de siéger jusqu'au 31 mai. Mais la chambre ne devait point user de ce droit, la plupart de ses membres désirant être dans leurs circonscriptions, et en 1898, en 1902 et en 1906, la chambre s'est mise elle-même en vacances, au moment où s'est ouverte la période électorale. Comment et à quel moment la chambre nouvelle devait-elle se réunir ? En se séparant, la chambre, en 1898, en 1902 et en 1906, a fixé la prochaine séance au 1er juin. Le 14 avril 1906, au moment de lever la séance, M. le président Doumer a dit : « Je propose à la chambre de s'ajourner au vendredi 1er juin prochain », et le *J. officiel* note : *assentiment* (*Déb. parlem.*, chambre, 1906, p. 1835). D'où il résultait que la chambre nouvelle devait se réunir de plein droit, sans convocation par le gouvernement, le 1er juin. Le procédé était-il régulier ? Nous ne voyons pas pourquoi il ne le serait pas. Aucune loi, aucune coutume ne règlent ce point. Il n'y a donc qu'à appliquer les principes généraux de notre droit constitutionnel. Or le parlement doit avoir au moins cinq mois de session ordinaire annuelle ; par conséquent la chambre ancienne s'étant mise en vacances jusqu'au 31 mai, la session ordinaire n'étant pas achevée, la chambre nouvelle devait se réunir de plein droit le 1er juin ; la chambre ancienne n'avait pas besoin de fixer cette date du 1er juin ; la chambre nouvelle devait se réunir de plein droit ce jour-là pour achever les cinq mois de session ordinaire. Cf. en ce sens Moreau, *Revue du droit public*, 1899, I, p. 444 et suiv., et 1902, II, p. 336 et suiv.

Outre son droit d'être réuni en session ordinaire annuelle pendant cinq mois au moins, le parlement a un autre droit : le président de la république doit convoquer les chambres, dans l'intervalle des sessions, quand la demande lui en est faite par la majorité absolue des membres composant chaque chambre (L. const. 16 juillet 1875, art. 2, § 1). Cette disposition de la loi de 1875 n'a jamais été appliquée. Il faut noter que la majorité absolue dont parle l'art. 2 est la majorité absolue du nombre des membres composant légalement chaque chambre ; pour établir cette majorité, on ne doit point déduire les sièges vacants. D'autre part, cette demande ne peut obliger le président de la république à convoquer le parlement que lorsqu'elle est faite dans l'intervalle des sessions ; elle ne l'oblige-

rait point si elle était faite pendant la durée d'un ajournement prononcé par le chef de l'Etat en vertu de l'art. 2, § 2.

M. Esmein estime que, pour le calcul de la majorité nécessaire, on doit déduire les sièges vacants. Invoquant un discours de M. Dufaure, il dit que ce que l'on a voulu, c'est que la convocation ne fût pas blâmée par la majorité effective de chacune des chambres, qu'il n'est donc pas nécessaire d'exiger la majorité fictive (*Droit const.*, 4e édit., 1906, p. 618). — Nous pensons au contraire que la majorité doit se calculer sur le nombre *légal* des membres de chaque chambre. L'argument de M. Esmein ne porte pas; car dans l'intervalle les sièges vacants peuvent avoir été pourvus et la majorité peut être déplacée. D'autre part, l'expression : « *composant chaque chambre...* » est certainement employée par le législateur de 1875 pour désigner le nombre *légal* des membres du parlement. C'est le sens qu'elle a d'un avis unanime au § 3 de l'art. 8 de la loi du 25 février 1875, en ce qui concerne la majorité absolue exigée dans l'assemblée nationale pour le vote de la revision. Cf. en ce sens Pierre, *loc. cit.*, *Supplément*, 1906, p. 216.

Il convient de rappeler qu'aux termes de l'art. 2 de la loi du 3 avril 1878, lorsque le gouvernement déclare l'État de siège en l'absence des chambres, celles-ci se réunissent de plein droit deux jours après (cf. § 76). On a pu se demander si cette disposition n'était pas inconstitutionnelle, comme modifiant les art. 1 et 2 de la loi const. du 16 juillet 1875. La constitutionnalité de l'art. 2 de la loi de 1878 est certaine à notre avis. En effet elle ne modifie en rien les dispositions de la loi du 16 juillet 1875; elle crée seulement un cas où le parlement se réunit de plein droit. Ce cas vient s'ajouter à ceux prévus par la loi de 1875 dont les dispositions restent intactes. Il est d'évidence que la règle d'après laquelle le parlement se réunit de plein droit au cas où l'état de siège est déclaré par le gouvernement n'a pas le caractère constitutionnel.

Droits du gouvernement. — Le gouvernement a le droit exclusif de prononcer la clôture des sessions ordinaires et extraordinaires. Son droit n'est limité à cet égard que par la durée minima des cinq mois de session ordinaire, à laquelle a droit le parlement. Les chambres peuvent prendre des vacances; mais elles ne peuvent clore leur session, même leur session ordinaire après qu'elle a duré cinq mois. Le gouvernement, sauf la réserve des cinq mois, peut prononcer la clôture quand bon lui semble. La clôture est prononcée par un décret, qui habituellement est lu à la chambre

par le président du conseil et au sénat par le garde des sceaux. Quand le décret de clôture a été lu, les chambres ne peuvent plus délibérer et doivent se séparer immédiatement. Les chambres ne peuvent plus voter, alors même qu'un vote serait resté en suspens faute de *quorum*. Cependant lecture du procès-verbal peut être donnée ; les rectifications peuvent être faites et le président doit déclarer la session close (L. 16 juillet 1875, art. 2, § 1).

Le gouvernement a le droit de convoquer le parlement en session extraordinaire quand il le juge à propos. Le gouvernement a aussi le droit de convoquer le parlement en session ordinaire avant le second mardi de janvier, quand il juge que les circonstances rendent cette convocation nécessaire (L. const. 16 juillet 1875, art. 1, § 1 et art. 2, § 2).

Ce droit de convoquer et de clôturer le parlement, dans les conditions qui viennent d'être dites, ne fait pas obstacle à ce que l'une des chambres invite le gouvernement à user ou à ne pas user de son droit ou à en user dans telles conditions. Il n'y a là rien d'inconstitutionnel. C'est un acte rentrant dans la compétence du gouvernement; tous les actes de celui-ci sont faits sous le contrôle du parlement ; et ce droit des chambres implique pour chacune d'elles le droit de voter un ordre du jour invitant le gouvernement à faire telle ou telle chose. Il va sans dire que le gouvernement n'est point lié par cet ordre du jour, et que la seule sanction en est la responsabilité politique du ministère (cf. *infra*, § 145). Dans la deuxième séance de la chambre des députés du 12 décembre 1905, le président de la chambre l'a déclaré. M. Gouzy ayant déposé un projet de résolution ainsi conçu : « La chambre, résolue à substituer le scrutin public au scrutin secret pour l'élection de son bureau, compte sur le gouvernement pour ne pas exercer son droit de clôture avant qu'il ait été statué sur le rapport de la commission du règlement ». M. Trouillot, ministre du commerce, n'ayant pas fait d'objection à la légalité constitutionnelle de cette proposition, M. Charles Benoist soutint énergiquement qu'elle était contraire à la prérogative que l'art. 2 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 attribue au gouvernement. Le président de la chambre, M. Doumer, dit alors : « Sans doute la clôture est un droit du gouvernement ; mais il appartient à la chambre et elle l'a déjà fait, soit en matière de convocation, soit en matière de dissolution, de demander au gouvernement d'user ou de ne pas user de son droit constitutionnel ». Le président était assurément dans la vérité

constitutionnelle. En fait la proposition Gouzy fut repoussée par 286 voix contre 278 (Chambre, 2e séance, 19 décembre 1904).

Le gouvernement a aussi le droit d'ajourner les chambres (L. const. 16 juillet 1875, art. 2, § 2). Ce droit n'existe, à vrai dire, que pour les sessions ordinaires. Pour les sessions extraordinaires il n'aurait pas sa raison d'être, puisque le gouvernement peut en prononcer la clôture quand bon lui semble. Pour les sessions ordinaires, ce droit d'ajournement n'a aussi de raison d'être que lorsqu'elles n'ont pas encore duré cinq mois; car après l'expiration des cinq mois le gouvernement peut toujours prononcer la clôture. L'ajournement prononcé par le président de la république ne peut excéder le terme d'un mois, et il ne peut avoir lieu plus de deux fois dans la même session. Ainsi les chambres ne peuvent être ajournées pour une durée supérieure à deux mois. Le temps de l'ajournement prononcé par le président de la république doit être déduit de la durée minima de cinq mois de toute session ordinaire. Le président de la république ne pourrait pas *proroger* les chambres, c'est-à-dire suspendre leur réunion pour une durée indéterminée. La loi ne donne que le droit d'ajournement; donc le droit de prorogation n'existe pas (L. const. 16 juillet 1875, art. 2, § 2; rap. l'art. 5 de la loi const. du 25 février 1875, qui donne au président de la république le droit de dissoudre la chambre des députés avec le concours du sénat). Cf. *infra*, § 137.

Règle générale et essentielle. — « La session de l'une (des chambres) commence et finit en même temps que celle de l'autre » (L. const. 16 juillet 1875, art. 1. § 2). Cette règle très importante est la conséquence directe et logique de l'unité du parlement, existant malgré la dualité des chambres. Il y a deux chambres; mais il n'y a qu'un parlement. Ce ne sont pas, à vrai dire, les chambres qui sont en session; c'est le parlement. D'où il suit qu'une chambre ne peut être en session sans que l'autre le soit. En vertu de cette

règle, la durée minima de cinq mois de session ordinaire existe pour les deux chambres ; le président de la république ne peut convoquer une chambre sans convoquer l'autre, ne peut clôturer l'une sans clôturer l'autre, ne peut ajourner l'une sans ajourner l'autre. Mais comme les congés que s'accordent les chambres elles-mêmes n'interrompent point la session, les chambres peuvent s'accorder des congés différents, sans que la règle précédente soit violée. En fait, le plus souvent, les chambres s'accordent les mêmes congés, par exemple aux vacances de Pâques ; mais il n'y a là rien de nécessaire, et il est arrivé parfois, notamment aux vacances de Pâques de 1896, qu'une chambre (en 1896, la chambre des députés) s'ajournait pour une durée plus longue que l'autre chambre.

Le décret de clôture ou d'ajournement doit donc être lu aux deux chambres le même jour ; mais il n'est pas indispensable, et il est même impossible qu'il soit lu à la même minute. Lorsque le décret a été lu à une chambre et que celle-ci s'est déjà séparée, l'autre chambre peut siéger encore quelques heures pour expédier les affaires courantes. Toutefois le président a le droit de refuser la parole à tout le monde dès qu'il est averti que l'autre chambre est séparée. Cf. déclarations de M. Tirard, président du conseil, et de M. Humbert, vice-président du sénat, 15 juillet 1889 ; Pierre, *loc. cit.*, p. 558.

La règle de l'unité de session, quelque importante et quelque logique qu'elle soit, subit deux exceptions. Il est vrai que la seconde n'est pas à vrai dire une exception.

La première exception est relative au cas de dissolution de la chambre des députés. « Dans le cas où, par application de l'art. 5 de la loi du 25 février 1875, la chambre des députés se trouverait dissoute au moment où la présidence de la république deviendrait vacante, les collèges électoraux seraient aussitôt convoqués et le sénat se réunirait de plein droit » (L. const. 16 juillet 1875, art. 3, § 4). On voit aisément quelle a été la pensée du législateur constituant. Au cas de vacance de la présidence de la république, le conseil des ministres est investi du pouvoir exécutif

jusqu'à l'élection du nouveau président (L. const., 25 février 1875, art. 7 § 2). Si la vacance de la république survient à un moment où la chambre des députés se trouve dissoute, l'interrègne présidentiel peut avoir une durée relativement longue, puisque le nouveau président de la république ne pourra être nommé que lorsque la chambre des députés aura été élue et se sera constituée. Le législateur constituant très sage n'a pas voulu que pendant ce temps, qui ne sera pas moindre de quinze jours (puisque par suite des ballottages, les opérations électorales prennent deux semaines), le conseil des ministres pût exercer, sans contrôle, le pouvoir exécutif qui lui appartient en pareil cas. Aussi décide-t-il que dans cette hypothèse le sénat se réunira de plein droit et exercera naturellement un contrôle sur le conseil des ministres.

Le sénat devra alors se borner à contrôler et à surveiller le conseil des ministres; jusqu'à la réunion de la chambre des députés, il n'aura qu'un pouvoir d'intérim et ne pourra faire aucun acte législatif. Cf. en ce sens le rapport de M. Laboulaye, sur la loi du 16 juillet 1875, *Annales de l'Assemblée nationale de 1875*, XXXVIII, annexes, p. 221.

Le second cas où le sénat peut se réunir sans que la chambre soit en session est celui où le sénat est réuni comme cour de justice (L. const. 16 juillet 1875, art. 4; rapp. L. 24 février 1875, art. 9 et L. 16 juillet 1875, art. 12). Cf. *infra*, § 132. Quand le sénat est constitué en haute cour de justice, il cesse d'être une assemblée politique, pour devenir une cour de justice. Il est donc très logique qu'il puisse s'assembler en dehors d'une session parlementaire et sans que la chambre soit réunie. Il n'y a point là véritablement d'exception à la règle de l'unité de session. Mais il va de soi que le sénat constitué en haute cour de justice et assemblé en dehors d'une session parlementaire ne pourra exercer que ses attributions judiciaires et non point ses attributions politiques. Cela est dit d'ailleurs expressément à l'art. 4 *in fine* de la loi du 16 juillet

1875 : « Dans ce dernier cas, il (le sénat) ne peut exercer que des fonctions judiciaires ».

Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que la réunion du sénat comme cour de justice coïncide avec une session ordinaire ou extraordinaire du parlement. C'est ce qui a eu lieu aux mois de novembre et de décembre 1899, au mois de février 1900 et au mois de juin 1901. Alors le sénat peut alterner ses séances ; mais évidemment il ne peut pas tenir une séance où il serait en même temps assemblée législative et cour de justice.

Sanction des règles relatives aux sessions des chambres. — Elle est indiquée à l'art. 4 de la loi const. du 16 juillet 1875 dans les termes suivants : « Toute assemblée de l'une des deux chambres qui serait tenue en dehors du temps de la session commune est illicite et nulle de plein droit sauf le cas... » Donc si les deux chambres ou l'une d'elles se réunissaient contrairement aux règles précédemment indiquées, le président de la république devrait prendre un décret déclarant cette réunion illicite et nulle, et pourrait incontestablement faire disperser par la force publique, dont il dispose d'après l'art. 3, § 3 de la loi du 25 février 1875, ces assemblées factieuses. Le droit du gouvernement reste d'ailleurs entier de faire poursuivre pour crime d'attentat à la sûreté de l'Etat les députés ou sénateurs qui auraient provoqué ces réunions.

Il est vrai qu'aux termes de l'art. 5, §§ 2 et 3 de la loi du 22 juillet 1879, les présidents des chambres ont le droit de requérir directement la force armée, réquisition qui peut être adressée directement à tous officiers, commandants... Il est incontestable que la réquisition adressée à la force armée par le président d'une chambre assemblée illégalement serait nulle. Mais si, comme on le soutient dans une théorie qui a des partisans nombreux et qui parait même actuellement celle du gouvernement (cf. la circulaire du ministre de la guerre, *Le Temps*, 6 avril 1906), les commandants militaires n'ont jamais le droit d'apprécier la légalité des réquisitions à eux adressées en la forme légale par les autorités civiles, la force armée requise par le président de l'assemblée factieuse sera obligée d'intervenir pour lutter contre la force armée envoyée par le président de la république pour dissoudre cette assemblée factieuse. C'est la guerre civile dérivant en quelque sorte d'un texte de loi, l'art. 5 de la loi du 22 juillet 1879 et de ce qu'on

affirme être l'application rigoureuse des principes du droit sur les rapports de l'autorité civile et de l'autorité militaire.

Si, à l'inverse, on suppose que le président de la république veuille illégalement forcer les chambres à se séparer, par exemple à se séparer avant l'expiration des cinq mois de session ordinaire, ou veuille les ajourner illégalement, les présidents des chambres auraient incontestablement le droit, en vertu de l'art. 5 de la loi du 22 juillet 1879, de requérir la force armée pour protéger le parlement contre les agissements factieux du chef de l'Etat. C'est même en vue d'une éventualité semblable qu'éclairé par l'expérience de 1851, le législateur de 1879 a donné aux présidents des chambres le droit de réquisition directe. Mais le président de la république est toujours chef de l'Etat, et à ce titre il dispose de la force armée (L. 25 février 1875, art. 3, § 3). Les commandants de la force armée ne peuvent pas ne pas obéir, car obéissance passive est évidemment due par eux aux ordres du gouvernement; ils ne peuvent point apprécier la légalité des ordres donnés; s'ils le pouvaient, ce serait l'anarchie. Voilà donc encore un conflit entre la force armée légalement requise par les présidents des chambres et les troupes mises en mouvement en vertu de ses pouvoirs constitutionnels par le gouvernement.

V. *infra*, § 137, l'explication de la loi Trévenenc du 15 février 1872 qui prévoit le cas de dissolution illégale; cf. § 138 le droit de disposition de la force armée appartenant au gouvernement et le droit de réquisition.

118. Vérification des pouvoirs. — Le droit de vérifier elles-mêmes les pouvoirs de leurs membres a toujours été reconnu depuis 1789 à toutes nos assemblées politiques.

Les états généraux de l'ancien régime eurent de tout temps le droit de vérifier eux-mêmes les pouvoirs de leurs membres. Il y avait alors véritablement vérification des pouvoirs. Les états généraux étaient une assemblée des mandataires des différents ordres, une assemblée de mandataires au sens véritable du mot. Il était donc logique que cette assemblée vérifiât elle-même la régularité des mandats donnés à chacun de ses membres. C'est une règle communément suivie dans toute assemblée de mandataires. C'est de cette pratique des états généraux qu'est venue l'expression *vérification des pouvoirs*, passée dans la langue du droit moderne, bien que par suite de la conception moderne de la représentation politique il n'y ait pas, à vrai dire, vérification des pouvoirs.

Cependant dans l'ancien régime le roi prétendait que ce pouvoir de vérification exercé par les états n'était qu'une concession royale, et le roi se réservait parfois à lui-même cette vérification. Henri III parait avoir agi ainsi aux états de Blois de 1588 (Picot, *Histoire des états généraux,* III, p. 377). Encore en 1789, il était dit dans le

règlement royal du 13 juin : « Les délibérations à prendre par les trois ordres réunis sur les pouvoirs contestés... seront prises à la pluralité des suffrages, mais si les deux tiers des voix dans l'un des trois ordres réclamaient contre la délibération de l'assemblée, l'affaire sera rapportée au roi pour y être définitivement statué par Sa Majesté » (art. 2 et 10). L'assemblée du tiers refusa de s'y soumettre, dès qu'elle se fut constituée par la validité des pouvoirs non contestés. Elle décida le 19 juin 1789 que les pouvoirs qui donnaient lieu à des contestations seraient soumis à l'examen « d'un comité de vérification et du contentieux ». Ce comité faisait des propositions sur lesquelles l'assemblée statuait souverainement. Cette règle passa dans la constitution de 1791, où on lit : « Dans aucun cas et sous aucun prétexte le roi ni aucun des agents nommés par lui ne pourront prendre connaissance des questions relatives à la régularité des convocations, à la tenue des assemblées, à la forme des élections, ni aux droits politiques des citoyens... Les représentants se formeront provisoirement en assemblée sous la présidence du doyen d'âge pour vérifier les pouvoirs des représentants présents. Sont exécutés comme lois sans être sujets à la sanction les actes du corps législatif concernant... la vérification des pouvoirs de ses membres présents... » (Const. 1791, tit. III, chap. I, sect. IV, art. 6; sect. V, art. 2; chap. II, sect. III, art. 7).

Depuis, ce droit de vérification des pouvoirs de leurs membres a toujours été reconnu à toutes nos assemblées politiques. D'après la constitution de l'an III, art. 43, § 2, le corps législatif prononce seul sur la validité des assemblées électorales (cf. L. 3 brumaire an IV). La Charte de 1814 ne disait rien; mais d'après l'art. 5 de son règlement la chambre des députés prononçait sur la validité des élections. La loi électorale du 19 avril 1831 donna expressément à la chambre des députés la vérification des pouvoirs de ses membres (art. 45, § 4 et art. 61). A l'art. 68 de la loi électorale du 15 mars 1849 on lit : « Les opérations électorales sont vérifiées par l'assemblée nationale; elle est seule juge de leur validité ».

Aujourd'hui, la règle est inscrite dans la loi constitutionnelle et, par conséquent, ne pourrait être modifiée que par une loi constitutionnelle. « Chacune des chambres est juge de l'éligibilité de ses membres et de la régularité de leur élection » (L. const. 16 juillet 1875, art. 10). Il faut en rapprocher l'art. 5 du décret organique du 2 février 1852 : « Les opérations électorales sont vérifiées par le corps législatif, qui est seul juge de leur validité ».

Ce droit des chambres modernes se rattache, par une tradition non interrompue, au droit qui apparte-

nait aux anciens états généraux de vérifier les pouvoirs de leurs membres. Mais la nature juridique du rôle reconnu aujourd'hui aux chambres est absolument différente de l'ancien droit de vérification des pouvoirs. Autrefois, c'était véritablement une assemblée de mandataires qui vérifiait les pouvoirs donnés à ses membres par leurs mandants. Aujourd'hui, les chambres ne sont pas des assemblées de mandataires; ni les députés, ni les sénateurs ne sont les représentants de la circonscription qui les a élus (cf. § 52). La question qui se pose donc n'est pas de savoir si les députés sont mandataires réguliers de la circonscription dont ils se prétendent élus, mais seulement de savoir si telle personne fait légalement partie de cet organe de représentation nationale qui s'appelle le parlement, si l'acte juridique qu'est l'élection a eu lieu conformément à la loi. La chambre va donc exercer véritablement une fonction juridictionnelle; il y a là un cas nettement déterminé de juridiction objective (cf. *supra*, § 46). Lorsque le conseil d'Etat, par exemple, est appelé à statuer sur la régularité d'une élection au conseil général, nul ne conteste qu'il accomplit une fonction juridictionnelle. Le rôle d'une chambre qui statue sur l'élection de l'un de ses membres est absolument identique; donc elle fait acte de juridiction. Il faut en conclure qu'elle a tous les pouvoirs d'une juridiction, mais qu'elle n'a que les pouvoirs d'une juridiction.

Elle a tous les pouvoirs d'une juridiction saisie de ce contentieux objectif qu'est le contentieux électoral. Par conséquent elle peut et doit statuer sur tous les éléments qui constituent la légalité de l'élection. Ils sont au nombre de quatre: 1° il faut que celui qui se prétend élu soit éligible; 2° il faut qu'il ait obtenu la majorité exigée par la loi; 3° il faut que les opérations électorales aient été effectuées conformément à la loi; 4° il faut qu'aucun fait extérieur (par exemple fait de corruption gouvernementale ou autre) ne soit venu vicier la sincérité de l'élection. Si tous ces éléments

sont réunis, la chambre doit déclarer l'élection régulière et *admettre* le député ou sénateur. Si l'un de ces éléments fait défaut, la chambre doit déclarer l'élection nulle, *invalider* le député ou sénateur.

La chambre, comme toute juridiction, peut déclarer qu'elle est insuffisamment éclairée par les pièces qui sont au dossier et demander un nouveau rapport ou ordonner une enquête.

A notre avis, cette commission d'enquête aura des pouvoirs plus étendus que ceux des commissions d'enquête politique (cf. *infra*, § 125). Cependant ces pouvoirs ne vont pas jusqu'à entendre des témoins sous la foi du serment. Mais cette commission d'enquête peut faire citer de simples particuliers, et ceux-ci sont tenus juridiquement de déférer à cette citation, quand au contraire ils ne sont point tenus de déférer à une citation d'une commission d'enquête purement politique. Il est difficile cependant de trouver dans notre droit actuel une sanction directe de cette obligation que nous imposons aux particuliers.

La chambre vient de voter une résolution qui cadre parfaitement avec le caractère juridictionnel que nous attribuons à l'opération de vérification des pouvoirs. Dans sa séance du 9 juillet 1906, sur la proposition de M. Spronk, elle a voté l'addition suivante à l'art. 4 de son règlement: « Quand la chambre aura ordonné une enquête sur une élection contestée, le député enquêté désignera pour être adjoint aux onze commissaires nommés par les bureaux un membre de la chambre, au choix de l'enquêté, qui fera partie de la commission avec voix consultative seulement ». M. Spronk a dit que sa proposition était dictée par le souci de rendre la vérification des pouvoirs législatifs plus conforme aux principes sur lesquels reposent nos institutions judiciaires.

La chambre a tous les pouvoirs d'une juridiction, mais elle n'a que les pouvoirs d'une juridiction. D'où il faut conclure qu'elle est étroitement liée par les dispositions de la loi. C'est une question de légalité qu'elle juge et elle est, comme tout juge, logiquement liée par la loi. Si l'élu est inéligible, la chambre ne peut qu'annuler l'élection; de même elle doit nécessairement annuler l'élection s'il manque l'un des trois autres éléments légaux : majorité, régularité de l'opération électorale, sincérité de l'élection. Assurément la chambre est une juridiction souveraine en ce sens qu'il n'y a pas de recours possible contre sa décision.

Mais de ce qu'une juridiction est souveraine, il ne suit pas qu'elle puisse donner une solution contraire à la loi. La chambre qui juge l'élection d'un de ses membres est liée par la loi de la même manière que le conseil d'Etat qui est saisi d'une question de contentieux administratif. Notre proposition s'impose, quand on admet comme nous qu'en vérifiant les pouvoirs de ses membres la chambre fait acte de juridiction. Mais elle est vraie aussi quand on n'y voit pas un acte de juridiction. Il n'y a pas de pouvoir en France qui soit au-dessus de la loi. Le parlement lui-même est lié par la loi tant qu'elle existe. Chacune des chambres est liée par la loi aussi énergiquement que le plus modeste des fonctionnaires judiciaires ou administratifs.

Il s'est trouvé cependant, non seulement des hommes politiques, mais même des auteurs qui se prétendent jurisconsultes pour soutenir le contraire. Ainsi M. Pierre dans son *Traité*, déjà souvent cité, de *droit politique et parlementaire*, écrit : « Le sénat et la chambre des députés sont, chacun séparément, souverains juges de l'éligibilité de leurs membres, de la validité de l'élection... Il n'y a pas plus de limites ni de restrictions aux prérogatives de ces chambres lorsqu'elles vérifient les pouvoirs de leurs membres qu'il n'y avait de limites et de restrictions aux prérogatives des chambres antérieures... La chambre, statuant en matière de vérification des pouvoirs, n'est liée ni par le texte des lois, ni par la décision du suffrage universel. Elle est souveraine, d'une souveraineté absolue et sans réserve » (2e édit., 1902, p. 412 et 413). Nous sommes étonné qu'un auteur sérieux puisse écrire de pareilles choses.

Cette théorie a été cependant soutenue à la chambre des députés le 3 juin 1879 au moment de la discussion de l'élection Blanqui, qui, quoique inéligible à cause des condamnations dont il avait été frappé, avait été élu le 20 avril à Bordeaux. Le bureau saisi de l'élection concluait à l'invalidation à cause de cette inéligibilité en disant très justement par l'organe de son rapporteur, M. Lacaze : « Nous n'avons pu subordonner notre décision à des appréciations de fait étrangères à notre mission. C'eût été attribuer à cette assemblée un rôle qui n'est pas le sien. Le parlement n'est pas un jury qui puisse chercher la justification d'un fait dans le caractère des événements au milieu desquels il s'est produit..., *c'est un tribunal gardien inflexible de la loi qu'il a mission d'appliquer* » (Chambre des députés, séance 3 juin 1879). On ne pouvait mieux dire. En vain M. Clémenceau vint-il combattre ces conclusions en soutenant que la chambre n'était soumise dans son appréciation à aucune limitation, qu'assemblée politique elle pouvait, pour des raisons

politiques, au nom du pays dont elle est l'organe, relever un candidat du vice qui viciait l'élection. M. Clémenceau oubliait qu'il n'y a pas de politique qui puisse aller contre la légalité et le droit. La chambre le comprit et annula l'élection Blanqui par 354 voix contre 33.

Il faut ajouter qu'aujourd'hui ce rôle de juge qui appartient à chacune des deux chambres, quand elle procède à la vérification des pouvoirs de ses membres, est marqué d'une manière très nette et très précise par la formule dont s'est servi le législateur constituant dans l'art. 10 précité de la loi du 16 juillet 1875 : « Chacune des chambres est *juge* de l'éligibilité de ses membres et de la régularité de leur élection... ».

Procédure de la vérification des pouvoirs. — Elle n'est réglée par aucune loi, et elle est très imparfaitement déterminée par les règlements des chambres. Voici comment en fait on procède. Chaque chambre confie à un de ses bureaux (cf. *infra*, § 125) l'examen de l'élection. A ce bureau sont remises toutes les pièces de l'élection : procès-verbaux, décision de la commission de recensement, pièces remises par les députés intéressés et les protestations s'il y en a. Tout électeur appartenant à la circonscription électorale en jeu, toute personne qui s'est présentée à l'élection soumise à vérification, peut former une protestation à un moment quelconque. Aucune règle de forme, aucune condition de délai ne sont imposées pour ces protestations.

Le bureau fait un rapport, et la chambre délibère sur ce rapport. Si le bureau conclut à la validation, la chambre délibère immédiatement. Si le bureau conclut à l'invalidation, la chambre renvoie à une séance ultérieure. Ce renvoi est facultatif au sénat (Règl., art. 9, § 2) ; il est obligatoire à la chambre des députés (Règl., art. 5, § 2). Il a pour but de permettre au député incriminé de préparer la défense de son élection. Le député ou sénateur dont l'élection est contestée a toujours le droit de prendre la parole pour défendre son élection. Tout membre peut parler pour ou contre. Le député ou sénateur dont l'élection est en jeu ne peut naturellement pas prendre part au vote sur son élection. La chambre peut valider ou invalider purement et simplement l'élection. Elle peut aussi, si elle ne se trouve pas suffisamment éclairée, ajourner sa décision ou ordonner une enquête parlementaire sur l'élection. Lorsque l'enquête est demandée, la question a naturellement la priorité.

Si la question de régularité de l'élection soulève une question d'état, la chambre naturellement ne peut être contrainte de surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal civil ait jugé cette question d'état. Mais si elle agissait avec une correction vraiment légale elle devrait le faire. De même, lorsqu'au moment où la question de validité d'une élection se pose devant le sénat, la juridiction administrative n'a pas encore définitivement statué sur la régularité d'élections de délégués sénatoriaux, le sénat devrait surseoir à statuer jusqu'à ce

que la juridiction administrative ait elle-même statué définitivement.

Situation du député ou sénateur non encore admis. — On a dit très justement qu'il était député, sénateur, sous la condition résolutoire de l'annulation de son élection. Par conséquent jusqu'à ce que son élection soit annulée, il a tous les droits de député ou de sénateur. C'est ainsi qu'il peut parler, voter, faire partie des bureaux et des commissions, qu'il jouit de l'irresponsabilité et de l'inviolabilité, qu'il peut faire partie de l'assemblée nationale si elle se réunit, que le député est électeur pour les élections sénatoriales de son département. Le député ou le sénateur non encore validé peut prendre part aux élections de la chambre ; et lui-même peut être élu membre du bureau (Règl. sénat, art. 6 ; chambre, art. 9). Le député non encore validé peut donner sa démission : mais la chambre peut ne pas l'accepter (L. const. 16 juillet 1875, art. 10) et peut procéder à la vérification de son élection (Règl. chambre, art. 151, § 2).

Cependant la règle que le député ou le sénateur non validé a tous les droits d'un membre du parlement reçoit certaines exceptions. Le député ou le sénateur non encore validé ne peut voter sur son admission ni dans les bureaux ni en assemblée générale (Règl. chambre, art. 6, § 3 ; sénat, art. 10, cependant d'après ce dernier texte il semble que le vote sur son élection n'est interdit au sénateur que lorsqu'elle est contestée). Les sénateurs non admis ne touchent pas leur indemnité ; les députés la touchent (cf. *supra*, § 112). Il résulte de l'art. 6, § 3 du règlement de la chambre que les députés non encore admis ne peuvent pas déposer de proposition de loi ; mais ils peuvent proposer des amendements. Les sénateurs non admis au contraire peuvent présenter et des propositions et des amendements. Enfin le droit de prendre part au vote est suspendu pour tout député et pour tout sénateur dont l'admission a été ajournée, par exemple parce qu'une enquête parlementaire a été ordonnée (Règl. sénat, art. 10, § 1 ; chambre, art. 6, § 2).

Ce droit de vérifier les pouvoirs de leurs membres est reconnu aux assemblées politiques dans la plupart des pays qui pratiquent le régime représentatif. Cependant il est, à notre sens, très critiquable. D'abord il est toujours très dangereux de donner à une assemblée politique une fonction juridictionnelle. Il est impossible qu'elle possède le calme, l'impartialité nécessaires pour remplir une pareille fonction. Elle est liée par la loi ; elle le comprend difficile-

ment, et quelquefois malgré elle, inconsciemment, elle statue contre la loi. D'autre part il arrive souvent (il est inutile de rappeler des exemples encore bien proches) que le parti qui a la majorité fait de la vérification des pouvoirs une arme de représailles contre le parti adverse, ce qui se concilie mal avec l'impassibilité sereine qui convient à une juridiction.

On a compris ce danger en Angleterre. Pendant longtemps la chambre des communes a eu le droit de vérifier les pouvoirs de ses membres. Ce droit lui a été enlevé en partie en 1868 et en 1879. Voici le système assez compliqué qui est aujourd'hui pratiqué : En vertu de l'*Elections petitions and corrupt Practices at Election act* de 1868 et du *Parliamentary Elections and corrupt Practices act* de 1879, le jugement des élections contestées est confié à deux juges, choisis, en ce qui concerne l'Angleterre, dans la *Division du banc du roi de la Haute cour de justice,* en ce qui concerne l'Irlande dans la cour des *Plaids communs,* et pour l'Ecosse dans la *cour de session.* La décision des juges s'impose à la chambre des communes. Mais il y a des cas où la vérification de l'élection appartient encore à la chambre. La compétence des juges n'existe en effet qu'autant que l'on est en présence d'une élection contestée et qu'une protestation *(elections petition)* a été dirigée contre le candidat déclaré élu. Dans le cas où le candidat déclaré élu n'avait pas de concurrent, comme au cas où aucune protestation n'est dirigée contre l'élection, la chambre des communes a le droit de statuer d'*office* sur l'*éligibilité* du candidat proclamé élu. D'autre part la chambre, lorsque le rapport du juge constate qu'il y a eu dans l'élection *corruption étendue (extensive corruption)*, doit examiner s'il ne convient pas de priver le collège électoral de représentation pendant un temps plus ou moins long. Cf. Erskine May, *Parliamentary Practice,* p. 616 ; Anson, *Loi et pratique constitutionnelles,* édit. franç., 1902, I, p. 196 ; Jèze, *Revue du droit public,* 1905, p. 824.

Un pareil système, avec ses complications et ses distinctions, avec ce pouvoir reconnu à la chambre de priver une circonscription de représentation pendant un certain temps, ne pourrait certainement être admis en France. Mais nous ne verrions aucun inconvénient, au contraire, à ce que le législateur constituant enlevât aux chambres le contentieux électoral et le donnât au conseil d'Etat, qui forme aujourd'hui une juridiction présentant toute garantie de compétence et d'impartialité.

Cons. aussi D. Muller, *La vérification des pouvoirs des députés, Revue du droit public,* 1898, I, p. 415.

La loi japonaise de 1889 décide que les protestations en matière électorale doivent être jugées par la cour d'appel de Tokio (loi électorale 11 février 1889).

119. Nomination du bureau. — Chaque chambre nomme son bureau (L. const. 16 juillet 1875, art. 11,

§ 1). On appelle bureau l'ensemble des membres désignés par chacune des chambres pour diriger ses travaux.

Le droit de nommer leur bureau a été considéré toujours et dans tous les pays, par les assemblées politiques, comme une de leurs prérogatives essentielles. C'est le bureau qui les représente; c'est lui qui dirige leurs travaux. Il est donc logique que ce soient elles qui le nomment. Cependant, en France, à certaines époques, ce droit leur a été retiré en tout ou en partie. Les assemblées de la Révolution naturellement nommèrent toujours leur bureau. Le président était en général nommé pour quinze jours. Il n'y avait pas de vice-président; et le président empêché était remplacé par un des anciens présidents. Mais sous l'empire, le président du corps législatif est nommé par l'empereur sur une liste des membres présentée par le corps législatif. Sous la Restauration, la chambre des pairs était présidée par le chancelier et à son défaut par un pair nommé par le roi (Charte de 1814, art. 29), et le président de la chambre des députés était désigné par le roi sur une liste de cinq députés présentée par la chambre (Charte 1814, art. 43). La Charte de 1830 donna à la chambre des députés le droit de nommer son bureau (art. 37). En 1848, l'assemblée a naturellement le droit de nommer son bureau en entier. La constitution de 1852 donnait au président de la république (puis à l'empereur) le droit de nommer les présidents et vice-présidents du sénat et du corps législatif (art. 23 et 43). Le sénatusconsulte const. de 1870 donna au corps législatif le droit de nommer son bureau tout entier (art. 34). L'Assemblée nationale de 1871 naturellement nomme son bureau.

Aujourd'hui, en vertu de l'art. 11, § 1 de la loi const. du 16 juillet 1875, chaque chambre nomme son bureau pour un an au début de la session ordinaire. Le bureau reste en fonction pour toute la session ordinaire et pour toutes les sessions extraordinaires qui auront lieu avant la session ordinaire de l'année suivante. Les membres du bureau sont d'ailleurs indéfiniment rééligibles.

Le bureau définitif du sénat se compose d'un président, de quatre vice-présidents, de six secrétaires et de trois questeurs (Règl., art. 4).

Le bureau définitif de la chambre se compose d'un président, de quatre vice-présidents, de huit secrétaires et de trois questeurs (Règl., art. 8).

L'élection a lieu au scrutin secret, à la majorité

absolue aux deux premiers tours; au troisième tour, à la majorité relative. Au cas d'égalité des suffrages, le plus âgé est élu. On vote au scrutin de liste pour les vice-présidents, les secrétaires et les questeurs (Règl. sénat, art. 6, chambre, art. 2).

Les élections ont lieu au scrutin secret. On a toujours considéré que la condition essentielle de la sincérité d'une élection, quelle qu'elle fût, était le secret du vote. Cependant, ces derniers temps, diverses propositions ont été faites à la chambre des députés tendant à ce que l'élection du président et des vice-présidents eût lieu au scrutin public (proposition de M. Fournier, 2 février 1905, *J. off., doc. parlem.*, chambre, sess. ord., p. 47). Dans un rapport fait au nom de la commission du règlement, M. Dauzon concluait à la nécessité de procéder au scrutin public pour l'élection du président de la chambre. Il soutenait que le président de la chambre n'était plus ce personnage de l'ancienne conception parlementaire, placé au-dessus des partis et chargé de faire régner l'harmonie entre tous les membres de la chambre, d'assurer la liberté de ses discussions et de défendre ses prérogatives; que le président de la chambre était avant tout l'homme d'un parti et que son élection était par conséquent au premier chef un acte politique, que, par suite, il importait qu'elle eût lieu au scrutin public, pour que chaque député pût prendre devant ses électeurs sa responsabilité dans cette manifestation politique (*Rapport* Dauzon, chambre, 1er décembre 1905, annexe n° 2805). Au fond, le parti qui avait inspiré et qui soutenait cette proposition n'avait d'autre but que d'écarter de la présidence un personnage qui lui déplaisait, en spéculant sur la timidité de certains députés qui n'oseraient pas voter publiquement pour le président redouté. Ce sont là des raisons qui ne relèvent pas du droit. Quant aux raisons mises en avant ostensiblement, elles ne sont point bonnes : c'est méconnaître le rôle du président que de dire qu'il est l'homme d'un parti; il l'est quelquefois en fait, quand il méconnaît ses devoirs; il ne doit jamais l'être; son rôle essentiel est d'assurer la liberté des discussions, et, par conséquent, son premier devoir est l'impartialité à l'égard de tous. La chambre a fait justice de la manœuvre que cachait le rapport Dauzon en repoussant, dans sa deuxième séance du 12 décembre 1905, par 286 voix contre 278, la proposition de résolution précitée de M. Gouzy et dont il a été déjà parlé (cf. § 117), et à la séance du 9 janvier 1906 elle nommait son président au scrutin secret. L'élection du président de la chambre nouvelle, le 8 juin 1906, a eu lieu aussi au scrutin secret. Cf. Delpech, *A propos du mode d'élection à la présidence de la chambre, Revue du droit public*, 1906, p. 1; la proposition faite à la chambre par M. Maujan, le 26 mai 1906, tendant à ce que tous les votes sans exception aient lieu au scrutin public, *J. off., doc. parl.*, sess. ord. 1905, p. 631.

Procédure suivie pour l'élection du bureau. — Les règles sont un peu différentes à la chambre et au sénat.

Pour la chambre, on doit supposer d'abord qu'elle ait à élire son bureau au début d'une législature nouvelle. Par suite de son renouvellement intégral, il faut d'abord que la chambre se constitue. Or il est de tradition qu'une assemblée n'est constituée que lorsqu'elle a validé les pouvoirs de la moitié plus un au moins de ses membres. Cette règle résulte aussi de l'art. 7 du règlement de la chambre. La chambre ne pourra donc procéder à l'élection de son bureau définitif que lorsqu'elle aura validé la moitié plus un de ses membres. Dans ces conditions, voici comment on procède. La première séance d'une nouvelle législature est présidée par le député le plus âgé assisté de six députés les plus jeunes comme secrétaires. Le président d'âge fait procéder immédiatement, en séance publique et par scrutin séparé, à l'élection d'un bureau provisoire composé d'un président et de deux vice-présidents. Le bureau provisoire garde ses secrétaires d'âge (Règl. chambre, art. 1 et 2, § 1).

Il faut bien dire que cette manière de procéder recouvre un cercle vicieux, car si la chambre, qui n'est pas constituée avant qu'elle ait validé la moitié plus un de ses membres, ne peut logiquement nommer son bureau définitif, elle ne peut pas non plus logiquement procéder à la vérification des pouvoirs de ses membres. En fait, dès le premier jour de la législature, on procède rapidement à la validation de tous les députés dont l'élection n'est pas contestée et la chambre nomme son bureau définitif.

Au début de chaque session ordinaire qui ne coïncide pas avec le commencement d'une nouvelle législature, la première séance de la chambre est présidée par le député le plus âgé, assisté des six députés les plus jeunes comme secrétaires, et le bureau définitif peut être immédiatement nommé.

L'usage s'est introduit que le président d'âge fasse un discours sur la situation politique générale. Ce droit ne lui saurait être contesté. Cf. cependant Pierre, *loc. cit.*, p. 450.

Il est à remarquer que l'art. 10 dit que le bureau est immédiate-

ment nommé, et l'art. 2 que le bureau est nommé à la première séance et immédiatement après l'installation du président d'âge. C'est à la première séance qu'en fait on nomme toujours au moins le président.

Le président peut monter au fauteuil immédiatement après son élection et remplacer le président d'âge avant que les autres membres du bureau ne soient nommés. En fait, le président d'âge préside la chambre jusqu'à l'élection complète du bureau, et c'est alors seulement que le président prend possession de ses fonctions. Il commence habituellement sa présidence par un discours qui a une importance politique.

Quand le bureau définitif est nommé, le président doit faire connaître au sénat et au président de la république que la chambre des députés est constituée (Règl. chambre, art. 11).

Pour le sénat, l'art. 3 du règlement décide qu'à la première séance de la session ordinaire, il fixe le jour où aura lieu l'élection du bureau. Bien que cet article lui permette d'y procéder immédiatement, en fait le sénat remet toujours au lendemain ou au surlendemain l'élection de son bureau. La séance d'ouverture est présidée par le doyen d'âge assisté des six sénateurs les plus jeunes comme secrétaires (Règl. sénat, art. 1). Dès que le président élu est nommé, le président d'âge lui cède la place. Les secrétaires d'âge remplissent les fonctions de secrétaires jusqu'à l'élection du bureau définitif.

Le sénat n'étant pas soumis au renouvellement intégral, mais se renouvelant par tiers tous les trois ans, est toujours constitué. Il n'y a donc pas lieu de procéder comme à la chambre à l'élection d'un bureau provisoire. Cependant, aux termes de l'art. 3, § 2 de son règlement, le sénat peut décider qu'il nommera un président et un vice-président provisoires. Le sénat s'est réservé cette possibilité pour le cas où l'ouverture d'une session ordinaire coïncide avec le renouvellement triennal par tiers; on a pensé qu'en pareil cas il serait plus convenable de ne procéder à l'élection du bureau définitif qu'après la vérification des pouvoirs de la plus grande partie sinon de la totalité des cent sénateurs nouvellement élus, bien qu'en droit la nomination du bureau définitif puisse avoir lieu immédiatement. Au mois de janvier 1906, quoiqu'il y ait eu renouvellement du tiers du sénat dans les premiers jours du mois, le sénat n'usa point de la faculté que lui donne l'art. 3, § 2 et, réuni en session ordinaire le 9 janvier, il fixa au 11 janvier l'élection de son bureau définitif.

L'élection du bureau définitif étant terminée, le président du sénat fait connaître à la chambre des députés et au président de la république que le sénat est constitué (Règl. sénat, art. 7).

Il est bien entendu que si au cours de l'année parlementaire il y a lieu de pourvoir à une vacance dans le bureau, soit au sénat, soit à la chambre, le membre du bureau ainsi élu ne reste en fonctions comme ses collègues que jusqu'à l'expiration de ladite année parlementaire.

La règle actuellement suivie au sénat et à la chambre, d'après laquelle le président et le bureau sont élus pour un an et indéfiniment rééligibles, a été souvent critiquée. On lui reproche d'être antidémocratique parce qu'elle arrive à faire des présidents des chambres des personnages trop considérables. On rappelle que certain président de la chambre a pu porter ombrage au président de la république lui-même. On dit qu'aux assemblées de l'époque révolutionnaire les présidents n'étaient élus que pour quinze jours et qu'ils ne pouvaient être immédiatement réélus, que l'assemblée de 1848 décida que son président, d'ailleurs rééligible, ne serait élu que pour un mois. Ces critiques faites au système actuel ne nous paraissent pas fondées. Un président qui ne reste que très peu de temps au fauteuil est sans autorité sur la chambre. Pour permettre au président d'acquérir cette autorité et en même temps d'acquérir la pratique difficile de la présidence, il faut lui assurer au moins un an de présidence. Le droit qui appartient aux chambres de nommer elles-mêmes leur bureau, nous paraît sauvegarder suffisamment le principe démocratique. Si parfois certain président de la chambre des députés a pu porter ombrage au président de la république, cela ne tenait point à la durée des pouvoirs du président de la chambre, mais à la timidité et à l'impuissance du président de la république.

Conséquences de la nomination du bureau. — Ce n'est que du moment où le bureau définitif est nommé que l'assemblée est constituée (Règl. sénat, art. 7; chambre, art. 11).

Il suit de là que c'est une règle absolue que, pas plus au sénat qu'à la chambre, aucune proposition, aucun projet ne peuvent être déposés avant l'élection du bureau définitif en entier.

La question se posa à la chambre des députés en 1877 (10 novembre) : le ministre des finances, M. Caillaux, ayant voulu déposer le budget avant que l'élection du bureau ne fût complète, un député,

M. B. Raspail, fit observer que ce dépôt était contraire au droit parlementaire, et le ministre ajourna le dépôt du budget.

Cette règle est absolue. Elle s'applique au sénat et à la chambre au début de chaque session ordinaire, alors même que l'ouverture de cette session ordinaire ne coïncide pas avec un renouvellement partiel pour le sénat, intégral pour la chambre. En effet, les pouvoirs du bureau élu expirent le 31 décembre de l'année où il a été élu. Au moment donc où les chambres se réunissent chaque année, le deuxième mardi de janvier, elles n'ont pas de bureau élu, et c'est précisément pour cela que leur première séance est présidée par le doyen d'âge assisté des secrétaires d'âge. Les chambres doivent donc en quelque sorte, au début de chaque session ordinaire, se reconstituer, et le travail parlementaire ne peut recommencer qu'après cette reconstitution.

C'est pour cela qu'aucune commission ne peut être nommée avant la nomination du bureau définitif, même les commissions ordinaires et mensuelles des congés et des pétitions. Mais il faut noter que depuis 1902 la chambre nomme un certain nombre de grandes commissions permanentes, qui restent en fonction pendant toute la durée de la législature et par conséquent ne sont point renommées après chaque renouvellement annuel du bureau (cf. § 125). Le tirage au sort des bureaux peut avoir lieu avant l'élection du bureau définitif (cf. § 125). Aucune question, aucune interpellation ne peut être adressée au ministre avant la nomination complète du bureau définitif.

Attributions du bureau des chambres. — Ces attributions sont collectives ou individuelles.

Pour les attributions collectives, elles sont assez mal définies. L'usage a établi quelques différences entre le bureau de la chambre et celui du sénat. A la chambre, c'est le bureau tout entier qui détermine les règles relatives aux procès-verbaux, aux services intérieurs, aux attributions respectives des divers agents de la chambre, qui sont extrêmement nombreux. Au sénat, ce règlement intérieur est fait ou modifié par une commission comprenant le président, deux vice-présidents et deux secrétaires délégués par le bureau, les trois questeurs et trois membres de la commission de comptabilité délégués par elle (Règl. sénat, art. 141). Dans les deux chambres d'ailleurs c'est le bureau qui nomme le personnel auxiliaire : secrétaires généraux, sténographes, secrétaires-rédacteurs, huissiers, bibliothécaires, etc.

Le bureau des chambres est valablement saisi de toutes les propositions qui tendent à modifier ou à améliorer l'installation et le fonctionnement des chambres. Lorsqu'une question d'ordre intérieur est de nature à intéresser les deux chambres, le bureau de chaque assemblée peut désigner certains de ses membres qui se réuniront à ceux désignés par le bureau de l'autre chambre pour délibérer en commun et arrêter un projet qui sera soumis à l'approbation du bureau de chaque chambre.

Lorsqu'il y a des difficultés qui s'élèvent sur le sens d'un vote par assis et levés, la solution est donnée par le président assisté des secrétaires siégeant au bureau de la séance ; et la solution ainsi donnée s'impose à la chambre.

Le bureau est chargé de résoudre toutes les difficultés que peut soulever le fonctionnement intérieur de chaque chambre. Chacune peut charger son bureau de faire une enquête sur les difficultés d'ordre intérieur qui peuvent s'élever, par exemple sur des détournements de pièces parlementaires.

Attributions du président. — Au point de vue honorifique, le président du sénat est le second personnage de l'Etat et le président de la chambre le troisième. Le président de la république est le premier personnage de l'Etat, puisque, aux termes de l'art. 3, § 4 de la loi const. du 25 février 1875, il préside aux solennités nationales. Quand il exerce cette présidence, il a à sa droite le président du sénat et à sa gauche le président de la chambre des députés.

La loi du 23 juillet 1879, art. 5, a donné au président de chaque chambre le droit de requérir directement le concours des autorités civiles et militaires dont il juge le concours nécessaire ; il peut déléguer ce droit aux questeurs ou à l'un d'eux. V. *infra*, § 122.

En dehors de ce pouvoir, qui leur est donné par la loi elle-même, les présidents ont, en vertu de la coutume parlementaire et des règlements des chambres, des attributions innombrables. Ils dirigent les débats de chaque assemblée siégeant en séance publique et

peuvent prononcer des peines disciplinaires (cf. *infra*, § 121). C'est le président qui reçoit les pétitions, les projets déposés par les ministres, les propositions dues à l'initiative parlementaire, les amendements, les ordres du jour, les interpellations. Le président prononce l'ouverture et la clôture du scrutin ; il en proclame le résultat ; il signe les procès-verbaux des séances. Il fait au gouvernement et au président de l'autre chambre une série de transmissions ; par exemple, le président de la chambre qui le vote en dernier lieu transmet au gouvernement le projet définitivement voté ; chaque président transmet au président de l'autre chambre les propositions de loi votées par la chambre qu'il préside.

Le vice-président remplace le président empêché ; et quand un vice-président remplace le président empêché, il a exactement les mêmes droits et les mêmes attributions que le président lui-même.

Attributions des secrétaires. — Ils sont chargés de faire les procès-verbaux. En fait ce ne sont pas eux qui les font, mais les secrétaires-rédacteurs ; ils en surveillent seulement la confection ; ils les signent et en donnent lecture. En fait, ils font semblant d'en donner lecture, parce que le vrai procès-verbal est le compte rendu *in extenso* publié par le *Journal officiel* de la séance de la veille (cf. *infra*, § 126). Les secrétaires inscrivent les orateurs pour leur tour de parole ; ils font le dépouillement des scrutins publics, procèdent aux appels nominaux, constatent avec le président les votes par assis et levés, tiennent note des rappels à l'ordre, constatent avec le président le nombre des membres présents (Règl. sénat, art. 30, 34, 49, 54, 55 n° 5, 56, 58 ; chambre, art. 80, 84, 85, 88, 98, 102, 121).

D'après l'art. 2 du règlement de la chambre, quatre secrétaires au moins doivent siéger au bureau pendant chaque séance. Les huit secrétaires font un roulement entre eux. La même règle est suivie au sénat malgré le silence du règlement.

Attributions des questeurs. — Ils sont chargés de surveiller le fonctionnement de tous les services intérieurs de la chambre à laquelle ils appartiennent.

Il n'y eut point de questeurs aux assemblées de la révolution. Le premier texte qui parle de questeurs est le sénatusconsulte du 28 frimaire an XII (art. 12-25) qui crée quatre questeurs au corps législatif. Depuis il y a eu toujours des questeurs dans nos assemblées législatives avec des attributions diverses. Aujourd'hui leurs attributions

sont réglées par l'art. 135 du règlement du sénat et les art. 120, 131-133 du règlement de la chambre.

Leur mission générale est de surveiller le fonctionnement de tous les services intérieurs de la chambre à laquelle ils appartiennent. C'est ainsi qu'ils préparent le budget spécial de l'assemblée, qu'ils sont chargés de la comptabilité, qu'ils ont le contrôle de tous les services administratifs. Un des questeurs est délégué pour signer tous les mandats de payement. Ils règlent d'accord avec le président le service d'ordre et de sécurité de la chambre. Ils ont sous leurs ordres directs tout le personnel des huissiers. Ils peuvent, sur délégation du président, requérir directement les autorités civiles et militaires (L. 22 juillet 1879, art. 5, § 4).

Cons. sur tous ces points, Pierre, *Droit politique et parlem.*, 2e édit., p. 446 et suiv. et *Supplément,* p. 193 et suiv.

120. Règlement des chambres. — Le règlement est un ensemble de dispositions par voie générale déterminant l'ordre et la méthode des travaux de chaque chambre. C'est en quelque sorte la loi interne de chaque assemblée. Par la force des choses les règlements des assemblées politiques contiennent souvent des dispositions très importantes, qui pourraient très justement trouver leur place dans la loi constitutionnelle. Ainsi la manière dont s'exerce l'initiative parlementaire est tout entière fixée par le règlement. Les lois const. de 1875, qui ont créé deux chambres, ne contiennent que de très rares dispositions relatives aux rapports de ces deux chambres, lesquels sont déterminés presque exclusivement par les règlements des chambres. Et en fait depuis 1789 certaines matières ont été tantôt réglées par la constitution elle-même, tantôt par les règlements intérieurs des assemblées.

Ce droit de faire leur règlement a été presque toujours reconnu en France aux assemblées politiques, et il leur appartient dans la plupart des pays qui pratiquent le régime parlementaire. L'Assemblée nationale de 1789, dès le 29 juillet 1789, affirma son droit de faire elle-même son règlement et le vota. De plus elle inséra dans la constitution de 1791 une série de dispositions, qui sont de véritables dispositions réglementaires et qui en effet ont trouvé place plus tard dans les règlements des assemblées, par exemple les dispositions de la section v du chapitre I, du titre III qui porte la rubrique : *Réunion des représentants en assemblée nationale législative*. La Convention fit son règlement le 28 septembre 1792, et

dans la const. de l'an III elle introduisit pour le conseil des anciens (art. 44 et suiv.) et pour le conseil des cinq cents (art. 73 et suiv.) un véritable règlement intérieur qu'elle compléta par une loi du 25 fructidor an III. Pendant le consulat et le premier empire, les assemblées n'eurent point le droit de faire leur règlement et le sénatusconsulte du 28 frimaire an XII forma le fond du règlement du corps législatif.

La Charte de 1814 laissa aux chambres le droit de faire leur règlement; elle contenait des dispositions relatives seulement à la nomination du président (art. 29 et 43). Il en est de même de la Charte de 1830, qui donna, on l'a vu, à la chambre des députés l'élection de son président. L'Assemblée nationale de 1848 vota son règlement le 20 mars 1848, et l'Assemblée législative le 6 juillet 1849. Depuis 1852 jusqu'à 1869, les règles du fonctionnement intérieur des chambres furent déterminées par décret. L'art. 11, § 2 du sénatusconsulte du 8 septembre 1869 donna au sénat et au corps législatif le droit de faire leur règlement intérieur. L'Assemblée de 1871 adopta le règlement de l'Assemblée législative de 1849, sauf quelques modifications de détail.

Aujourd'hui les chambres, bien que les lois const. ne le disent pas expressément, ont incontestablement le droit de faire leur règlement. D'ailleurs ce droit leur est implicitement reconnu par l'art. 5, § 2 de la loi du 16 juillet 1875, qui porte : « Chaque chambre peut se former en comité secret sur la demande d'un certain nombre de ses membres fixé par le règlement ». La loi const. du 16 juillet 1875 contient (art. 5 et 11) quelques rares dispositions relatives à la publicité des séances, à la nomination du bureau et à la durée de ses pouvoirs. Tous les autres points doivent être et sont déterminés par les règlements intérieurs de chaque chambre.

Le sénat a voté son règlement le 10 juin 1876 et la chambre le 16 juin 1876. Depuis lors les règlements des chambres ont reçu d'assez nombreuses additions et modifications. Le règlement n'est pas fait seulement pour la législature qui l'a voté. Il lui survit tant que les bases constitutionnelles sur lesquelles existait la chambre qui l'a votée subsistent. Si l'on imaginait, par exemple, que la république fût remplacée par un gouvernement monarchique, les règlements actuels du sénat et de la chambre ne s'appliqueraient point *ipso*

facto au sénat et à la chambre du nouveau régime. Chaque chambre a toujours le droit de modifier son règlement.

Outre le règlement sur le fonctionnement intérieur, chaque chambre a un règlement spécial de comptabilité, dressé par les soins des questeurs, de concert avec la commission de comptabilité, en vertu des résolutions prises par la chambre.

Il importe de bien comprendre que les règlements des chambres ne sont pas des lois, mais simplement des résolutions, c'est-à-dire des dispositions votées par une seule chambre. Chaque règlement est voté uniquement par la chambre à laquelle il s'applique. Il devient obligatoire du moment où il est voté et sans qu'il y ait besoin ni d'une promulgation, ni d'une publication.

De ce que le règlement n'est pas une loi il résulte qu'il ne peut contenir aucune disposition qui soit contraire, non seulement à la loi constitutionnelle, mais encore à une loi ordinaire. Cette règle ne peut soulever aucune difficulté. Mais il est certain que si l'une des chambres voulait voter un article de son règlement qui fût contraire à une disposition légale ou constitutionnelle, il n'y aurait pas de moyen de l'en empêcher; le gouvernement lui-même n'aurait aucune voie de recours pour faire annuler une pareille disposition; il pourrait en demander l'abrogation, poser sur ce point la question de confiance, mais ce serait tout.

Le règlement n'étant pas une loi, mais simplemement une résolution d'une des chambres, ne peut s'appliquer qu'aux membres de la chambre considérée pris comme tels. Mais il s'applique à tous, même à ceux qui auraient voté contre. Il ne peut pas s'appliquer aux individus qui ne font pas partie de la chambre ou aux membres de la chambre n'agissant pas comme tels. Suivant une expression de M. Laband, les dispositions du règlement de chaque chambre ne sortent pas de « l'intérieur de l'*apparat* parlementaire ». C'est ainsi par exemple que le règlement ne peut point s'appliquer aux ministres ne faisant pas partie de la chambre dans laquelle ils se trouvent, ni aux commissaires du gouvernement, et que par exemple les peines disciplinaires prévues au règlement de la chambre ne peuvent point leur être appliquées. Cf. le rapport de M. Corne à l'Assemblée législative de 1849 et séance du sénat du 21 mars 1887. Mais un ministre dans la chambre dont il fait partie est soumis, comme étant membre de cette chambre, au règlement et à la discipline que

celui-ci établit. Cependant on ne pourrait certainement pas prononcer l'exclusion temporaire, puisqu'aux termes de l'art. 6, § 2 de la loi const. du 16 juillet 1875, les ministres ont leur entrée dans les deux chambres et doivent être entendus toutes les fois qu'ils le demandent et qu'il y aurait violation de la constitution à leur interdire l'entrée de l'une des chambres.

Le règlement s'impose non seulement aux membres de la chambre pris individuellement, mais aussi à la chambre elle-même. Elle peut modifier, abroger par voie générale les dispositions du règlement; mais tant qu'elles existent elles s'imposent à la chambre qui les a votées, et qui ne peut pas plus faire un acte contraire à son règlement qu'elle ne peut faire un acte contraire à la loi. Comme l'a très bien dit le président Dupin dans son discours à la Législative le 2 juin 1849 : « Indépendamment de la loi générale qui commande au dehors et nous oblige comme les autres citoyens, chaque assemblée a sa loi particulière, le règlement qu'elle s'impose et par lequel elle contracte l'obligation d'obéir à elle-même ».

C'est pour assurer le respect du règlement que tout membre doit obtenir la parole pour un rappel au règlement, et que les demandes de rappel au règlement ont toujours la priorité sur la question principale (Règl. sénat, art. 59; chambre, art. 91).

C'est au président qu'il appartient de faire appliquer le règlement et de l'interpréter (Règl. sénat, art. 29, n° 2 et chambre, art. 97, § 2). Cf. notamment la séance de la chambre du 16 juin 1879 où sur une observation de M. Rouher, ce droit d'interprétation souveraine du président a été reconnu par le président Gambetta. Mais le président a certainement le droit de consulter la chambre. Cf. notamment séance de la chambre du 27 juin 1904.

Le règlement de chaque chambre s'impose donc à la chambre et à ses membres avec la rigueur d'une loi. Cependant un recours au contentieux pour excès de pouvoir ne pourrait point être formé devant le conseil d'Etat contre une décision de la chambre et même de son président. Cette décision peut avoir, au point de vue matériel, le caractère d'un acte administratif; mais les chambres ne sont pas des organes administratifs; leurs présidents ne sont pas des autorités administratives et leurs actes ne sont certainement pas susceptibles d'être critiqués par la voie du contentieux administratif. Cf. procès-verbal de la conférence tenue par le bureau et la commission de la chambre le 25 juin 1879, Pierre, *loc. cit.*, p. 507. Il n'y a pas *a fortiori* de recours possible devant les tribunaux judiciaires. Cf. cass., 30 janv. 1882, affaire Baudry-d'Asson, Pierre, *loc. cit.*, p. 511.

Cette subordination des membres de chaque chambre au règlement peut avoir pour eux des conséquences graves, puisque ce règlement permet au président ou à la chambre de leur infliger des peines qui, quoique qualifiées de disciplinaires, peuvent être très graves, entraîner une perte d'argent en suspendant le traitement et

même la privation de la liberté (Règl. chambre, art. 126). On peut donc se demander comment une décision, par voie générale sans doute, mais qui n'émane pas d'un pouvoir constitutionnellement établi pour formuler la loi, laquelle seule peut édicter des peines contre les citoyens, a cependant force obligatoire pour des citoyens français et comment la force publique peut être mise en mouvement pour assurer l'exécution d'une décision individuelle prise conformément à cette décision réglementaire. On sait, en effet, qu'au cas de censure avec exclusion temporaire, si le député n'obtempère pas à l'invitation du président, il peut être expulsé *manu militari*, et s'il reparaît au palais Bourbon avant l'expiration de la période d'exclusion, il peut être enfermé pendant trois jours dans un local préparé à cet effet (Règl. chambre, art. 126).

Cela s'explique si l'on voit dans chacune des assemblées politiques une véritable corporation autonome, ayant reçu de l'Etat des pouvoirs propres très étendus. Cette corporation a un pouvoir législatif; elle fait une loi qui s'applique à ses membres: c'est son règlement; une partie de ce règlement constitue un véritable droit pénal, c'est toute la partie relative à la discipline. Cette corporation a un pouvoir juridictionnel; elle fait elle-même l'application juridictionnelle de ce droit pénal. Elle vérifie aussi les pouvoirs de ses membres et on a montré au § 118 que la vérification des pouvoirs était vraiment un acte de juridiction. Chaque chambre reçoit de l'Etat une dotation financière dont elle fait tel usage qu'elle veut, sauf cependant certaines limitations légales, comme celle relative à l'indemnité des sénateurs et des députés fixée par la loi.

Chacune des chambres doit-elle être considérée en effet comme une véritable corporation autonome investie par concession de l'Etat des prérogatives étendues que l'on vient d'indiquer? Nous n'osons l'affirmer. Mais nous reconnaissons volontiers que cette conception cadre bien avec beaucoup de dispositions du droit parlementaire moderne et donne une solution élégante des problèmes que fait naître la force obligatoire des règlements des chambres. Ainsi dans l'ancien régime les états généraux de France et les assemblées analogues existant dans beaucoup de pays étrangers étaient une réunion de mandataires des groupes corporatifs. Aujourd'hui les assemblées politiques sont un organe représentatif du pays tout entier. Mais cet organe représentatif lui-même serait devenu une corporation. Si, comme on l'a soutenu, les fonctionnaires des différents services publics tendent aussi à se constituer en groupes corporatifs, il y aurait une tendance générale de l'Etat moderne à s'organiser corporativement; et cela serait peut-être une réaction contre le principe de l'unité et de l'indivisibilité de l'Etat affirmée par la Révolution. Le mouvement syndicaliste existant parmi les fonctionnaires se rattacherait à la même tendance. Cf. Paul-Boncour. *Revue socialiste*, janvier 1906, p. 17 et suiv.; Berthod, *Revue politique et parlementaire*, 10 mars 1906, p. 413; Leroy, *Le droit des fonctionnaires*, 1906; rapp. Berthélemy, *Revue de l'ic*, Lyon, 1906, p. 161.

121. Discipline parlementaire. — Si l'on reconnaît aux chambres le droit de voter leur règlement, on ne peut pas leur contester le droit d'établir certaines peines disciplinaires comme sanction de ce règlement.

M. Sénard, vice-président de la chambre et jurisconsulte renommé, disait en 1879 : « Par cela qu'une assemblée existe, elle a le droit de se protéger, d'assurer son fonctionnement. C'est une société constituée par la loi pour délibérer. Elle a le droit de prendre les mesures nécessaires pour sauvegarder la liberté de ses délibérations; elle a le droit d'exclure le membre qui s'écarte de l'ordre. Il est impossible de mettre sérieusement en question le droit d'inscrire dans le règlement des peines contre ceux qui troublent les délibérations » (Conférence du bureau de la chambre et de la commission du règlement en 1879, Pierre, *loc. cit.*, p. 505).

La const. de 1791 (tit. III, chap. III, sect. I, art. 4, § 3) reconnaissait expressément au corps législatif le droit de discipline sur ses membres et le droit de leur infliger certaines peines privatives de liberté : « Il (le corps législatif) ne peut prononcer de punition plus forte que la censure, les arrêts pour huit jours et la prison pour trois jours ».

En 1879, on a surtout discuté la question de savoir si la chambre pouvait imposer à ses membres une privation de liberté qu'on a appelée mise aux arrêts, mais qui est véritablement un emprisonnement. Le président Gambetta la justifiait en disant qu'il ne fallait y voir qu'un moyen d'assurer l'ordre, une sanction à l'exclusion prononcée contre un membre de la chambre qui trouble l'ordre. Si en effet l'on admet le principe du droit disciplinaire conçu comme le droit pénal d'une corporation autonome que serait la chambre, on doit logiquement reconnaître la possibilité pour la chambre d'établir, dans son règlement, des peines privatives de liberté, comme elle établit des peines pécuniaires.

Il reste bien entendu que le droit disciplinaire de chaque chambre ne s'applique qu'aux membres de la chambre. On a déjà dit qu'il ne peut pas s'appliquer aux ministres qui ne sont pas membres de la chambre considérée, ni aux commissaires du gouvernement. Il ne peut pas s'appliquer non plus aux personnes ne faisant pas partie de la chambre et qui assistent à une séance. Le président incontestablement peut faire expulser toute personne non député ou sénateur qui donne des marques d'improbation ou d'approbation (Règl. sénat, art. 112; chambre, art. 138). Il n'y a point là application du droit disciplinaire, mais seulement

exercice du pouvoir de police appartenant au président (cf. § 122).

Aujourd'hui, sénateurs et députés sont soumis aux mêmes peines disciplinaires, qui sont : 1° le rappel à l'ordre ; 2° le rappel à l'ordre avec inscription au procès-verbal ; 3° la censure ; 4° la censure avec exclusion temporaire du lieu des séances (Règl. sénat, art. 114 ; chambre, art. 117).

Le rappel à l'ordre est toujours prononcé par le président seul. Est rappelé à l'ordre tout orateur qui s'en écarte, qui trouble les délibérations par des interruptions, des personnalités, des manifestations de tous genres. Est rappelé à l'ordre avec inscription au procès-verbal tout membre qui dans la même séance aura encouru un premier rappel à l'ordre. A la chambre, le rappel à l'ordre avec inscription au procès-verbal emporte de plein droit la privation pendant quinze jours de la moitié de l'indemnité. Lorsqu'un des orateurs a été deux fois rappelé à l'ordre dans la même séance, la chambre peut, sur la proposition du président, lui interdire la parole pour le reste de la séance. Sur le rappel à l'ordre, cf. Règl. sénat, art. 115-117 ; chambre, art. 119-122.

La censure et la censure avec exclusion temporaire sont prononcées dans des cas qu'énumèrent les art. 118 et 119 du règlement du sénat, 123 et 124 du règlement de la chambre, et dont voici quelques-uns. La censure simple est prononcée contre tout député qui après un rappel à l'ordre avec inscription au procès-verbal ne sera pas rentré dans le devoir, contre tout député qui aura donné le signal d'une scène tumultueuse, adressé des injures ou des menaces à un ou plusieurs collègues. La censure avec exclusion temporaire est prononcée contre le député qui aura, dans le cours de la même session, subi deux fois la censure simple, contre celui qui en séance publique fait appel à la violence, qui se rend coupable d'outrages envers la chambre ou une partie de la chambre, d'outrages envers le sénat, le gouvernement ou le président de la république.

La censure simple et avec exclusion temporaire ne peut jamais être prononcée que par la chambre. Mais le président a seul l'initiative ; c'est lui qui apprécie souverainement s'il doit consulter la chambre sur la censure. La censure est prononcée sans débat, par assis et levé, et point au scrutin public, qui ne peut jamais être demandé (Règl. chambre, art. 82). Le député contre lequel la censure est demandée a toujours le droit d'être entendu ou de faire entendre en son nom un de ses collègues.

Au sénat, la censure avec exclusion temporaire impose au membre contre laquelle elle a été prononcée l'obligation de sortir immédiatement du palais et de s'abstenir d'y paraître pendant les trois séances

suivantes. En cas de refus du sénateur d'obtempérer à l'invitation qui lui est faite de sortir, la séance est levée. Les deux censures entraînent de plus l'affichage à mille exemplaires, aux frais du sénateur, dans son département de l'extrait du procès-verbal mentionnant la censure.

A la chambre, les deux censures entraînent l'obligation pour le député de payer les frais d'affichage à deux cents exemplaires dans sa circonscription de l'extrait du procès-verbal. La censure simple emporte la privation de moitié de l'indemnité pendant un mois, et la censure avec exclusion temporaire pendant deux mois. La censure avec exclusion temporaire entraîne interdiction de prendre part aux travaux de la chambre et de reparaître au palais Bourbon jusqu'à l'expiration du jour de la quinzième séance qui suit celle où la mesure a été prise. Dans le cas où le député enfreint cette défense, ou si le même député est frappé deux fois de la censure avec exclusion temporaire dans la même session, l'exclusion s'étend à quarante séances. Si le député reparaît dans le palais législatif avant l'expiration de sa période d'exclusion, il est arrêté par l'ordre des questeurs et enfermé pendant une durée qui ne peut excéder trois jours dans un local préparé à cet effet. S'il reparaît dans la salle des séances, le président lève la séance; sur son ordre, le député est arrêté par les soins des questeurs et enfermé dans le dit local. Sur la censure, cf. Règl. sénat, art. 118-122; chambre, 123-128.

Le député ou le sénateur frappé d'exclusion temporaire ne bénéficie plus pendant sa période d'exclusion de l'irresponsabilité. En effet cette irresponsabilité ne s'applique qu'aux actes qui se rattachent au mandat législatif (§ 114); or le représentant ne peut pendant la période d'exclusion exercer son mandat législatif; donc il ne peut pas être question d'irresponsabilité. Mais nous n'hésitons pas à penser que l'inviolabilité reste intacte. L'art. 14 de la loi const. du 16 juillet 1875 n'indique aucune restriction. D'autre part, les raisons qui justifient cette inviolabilité subsistent tout entières. En effet des poursuites ou une détention commencée pendant la période d'exclusion pourraient ne point être achevées au moment où elle finirait et seraient ainsi une entrave au libre exercice du mandat législatif. Sans doute la chambre pourrait en requérir la suspension; mais cela dépend de sa volonté. En suspendant l'inviolabilité du député exclu, on aggraverait donc sa peine sans qu'aucun texte le permette.

Il importe enfin d'affirmer que les chambres ne peuvent pas, ne doivent pas établir comme peine l'exclusion définitive du député. Le député est une partie composante de l'organe qui représente la volonté nationale; il ne peut appartenir à l'une des chambres, ni même au parlement de modifier la composition de ces

chambres, qui sont censées créées par la volonté nationale elle-même.

On peut dire que ce principe a toujours été reconnu, et n'a jamais été véritablement violé, même à l'époque de la monarchie et du suffrage restreint. A la séance du 3 mars 1823, la chambre des députés vota l'exclusion de Manuel pendant la durée de *la présente session*, et non point, comme on le croit souvent, l'exclusion définitive. Il n'empêche que la chambre des députés outrepassait ses pouvoirs, parce que la peine de l'exclusion temporaire n'était pas prévue à son règlement, et qu'elle prononçait ainsi une peine arbitraire.

Sur les règlement et la discipline parlementaires et particulièrement sur l'exclusion temporaire, cons. Pierre, *loc. cit.*, p. 500 et suiv.; Delpech, *Revue du droit public*, 1905, p. 195; pour l'étranger, Moreau et Delpech, *Les règlements des assemblées législatives*, 1906; *Manuel de pratique parlementaire de Jefferson* et *Règlements des assemblées américaines*, édités en français avec une introduction par Delpech et Marcaggi, 1906.

Tumulte. — Il peut arriver que malgré le pouvoir disciplinaire très étendu dont le président est investi, il ne puisse maintenir l'ordre des délibérations et que l'assemblée soit tellement tumultueuse que toute délibération soit impossible. Les règlements des deux chambres prévoient cette hypothèse, qui, malheureusement, se présente quelquefois. Ils déterminent dans des termes identiques la conduite à tenir. Quand la chambre devient tumultueuse, si le président ne peut la calmer, il doit se couvrir. Si le trouble continue, le président annonce qu'il va suspendre la séance. Si le calme ne se rétablit pas, le président suspend la séance pour une heure, et les députés doivent se retirer dans leurs bureaux respectifs. L'heure étant expirée, la séance est reprise. Si le tumulte renaît, le président doit lever la séance et la renvoyer au lendemain (Règl. sénat, art. 123; chambre, art. 109). Dans ce dernier cas, le président fixe lui-même l'ordre du jour de la séance suivante.

122. Police des chambres. — C'est un principe du droit politique moderne que chaque chambre a le droit de faire sa police. Cela veut dire d'abord que chaque chambre a le droit de prendre elle-même direc-

tement ou par l'intermédiaire de son président toutes les mesures nécessaires pour assurer sa sécurité et la liberté de ses délibérations. De cette première règle découle cette seconde : aucune autorité civile ou militaire ne peut faire un acte de sa compétence dans l'enceinte du palais où siège l'assemblée sans le consentement exprès de cette assemblée. Ces règles sont destinées à assurer l'indépendance des chambres. Si celles-ci, pour protéger leur sécurité et la liberté de leurs délibérations, étaient obligées de s'adresser au gouvernement, elles se trouveraient à la discrétion de celui-ci, qui pourrait refuser de prendre les mesures nécessaires ou qui sous couleur de les prendre porterait peut-être une atteinte directe à l'indépendance parlementaire. D'autre part, pour que les chambres aient une indépendance complète à l'égard du gouvernement, il faut que ni l'autorité civile, ni l'autorité militaire, placées directement sous l'action du gouvernement, ne puissent faire un acte quelconque dans le lieu où siège le parlement.

1° *Chaque chambre est compétente pour prendre elle-même ou par l'intermédiaire de son président les mesures nécessaires pour assurer sa sécurité.* Ce droit est reconnu en France, sauf quelques restrictions à certaines époques, depuis 1789, aux assemblées politiques.

La constitution de 1791, tit. III, chap. III, sect. I, art. 4, §§ 2 et 4, donnait au corps législatif « le droit de police dans le lieu de ses séances et dans l'enceinte extérieure qu'il aura déterminée et le droit de disposer, pour sa sûreté et pour le maintien du respect qui lui est dû, des forces qui de son consentement seront établies dans la ville où il tiendra ses séances ». Les art. 70 et 71 de la const. de l'an III donnaient aussi aux conseils législatifs le droit de faire leur police. Le droit de police des assemblées fut respecté même après le 18 brumaire. La loi du 5 nivôse an VIII reconnut au corps législatif et au tribunat le droit de police. Les Chartes de 1814 et de 1830 restèrent muettes sur ce point; mais le règlement de la chambre des députés reconnut le droit de police et le règlement de la chambre des pairs le donna au grand référendaire sous l'autorité de la chambre.

L'Assemblée nationale de 1848, non seulement affirma son droit de faire elle-même sa police, mais reconnut à son président le

droit de requérir directement la force armée. Le décret du 11 mai 1848 porte : « Le président est chargé de veiller à la sécurité intérieure et extérieure de l'assemblée. A cet effet, il a le droit de requérir la force armée et toutes les autorités dont il juge le concours nécessaire. Les réquisitions peuvent être adressées directement à tous officiers, commandants ou fonctionnaires, qui sont tenus d'y obtempérer immédiatement. Le président peut déléguer son droit de réquisition aux questeurs ou à l'un d'eux ». C'est cette disposition qui est passée telle quelle dans l'art. 5 de la loi du 22 juillet 1879. Ce droit de réquisition directe ne fut point consacré par la const. de 1848, dont l'art. 32 porte seulement : « L'assemblée nationale fixe l'importance des forces militaires établies pour sa sûreté et elle en dispose ». Au mois de novembre 1851, au moment où l'on commençait à craindre un coup d'Etat du Prince président, les questeurs déposèrent une proposition tendant à remettre en vigueur le décret du 11 mai 1848 sur le droit de réquisition directe. Mais l'assemblée repoussa la proposition (17 novembre 1851). Après le coup d'Etat, le décret du 22 mars 1852, art. 81 donna au président du corps législatif la police du palais législatif et le décret du 3 février 1861 (art. 40) donna les mêmes pouvoirs au président du sénat. En 1871, l'Assemblée nationale remit implicitement en vigueur l'art. 32 de la const. de 1848 en adoptant le règlement de la Législative de 1849, élaboré sous l'empire de la const. de 1848.

Les lois const. de 1875 ne contiennent aucune disposition expresse relative au pouvoir de police des présidents des chambres. Mais ce pouvoir ayant été reconnu par la plupart de nos constitutions antérieures, on peut dire qu'il est consacré par la coutume constitutionnelle. Au reste personne ne le conteste. La loi du 22 juillet 1879, art. 5, a reconnu expressément aux présidents des chambres le droit de veiller à la sécurité intérieure et extérieure de l'assemblée et leur a donné le droit de réquisition directe comme conséquence de ce pouvoir de police. Enfin, aux art. 108 et 109 du règlement du sénat, 134 et 135 du règlement de la chambre on lit : « Le président est chargé de veiller à la sûreté intérieure et extérieure du sénat (ou de la chambre). A cet effet il fixe l'importance des forces militaires qu'il juge nécessaires; elles sont placées sous ses ordres. La police du sénat (ou de la chambre) est exercée en son nom par le président ». Ainsi le président a le droit de prendre lui-même, et

aussi de faire prendre par les questeurs toutes les mesures qu'il estime nécessaires pour assurer la sécurité de l'assemblée qu'il préside. Il peut notamment faire expulser toute personne qui, n'étant pas membre de l'assemblée, trouble l'ordre d'une manière quelconque, et d'après les règlements des chambres « toute personne qui donne des signes d'approbation et d'improbation » (sénat, art. 112 et 113; chambre, art. 138 et 139). Il peut refuser ou faire retirer à une personne une carte lui permettant d'aller dans une tribune déterminée.

Toutes les décisions de police que prend ainsi le président de chaque chambre sont insusceptibles de recours. Cela ne veut pas dire que le président puisse violer la loi, mais simplement que ses décisions ne peuvent pas être critiquées devant les tribunaux. C'est ainsi que le conseil d'Etat a très justement déclaré non recevable un recours formé par un journaliste contre une décision du président de la chambre lui retirant sa carte d'entrée dans la tribune de la presse (Cons. d'Etat, 14 novembre 1882). — Le président exerce ces pouvoirs de police au nom de la chambre qu'il préside et par conséquent sous le contrôle de celle-ci. Il doit donc donner toutes les explications qu'il plairait à la chambre de lui demander, et la chambre pourrait certainement approuver ou désapprouver formellement les mesures prises par le président.

La loi du 22 juillet 1879, art. 5, est venue renforcer ces pouvoirs du président, en lui donnant, comme le décret du 11 mai 1848, le droit de requérir directement « la force armée et toutes les autorités dont il juge le concours nécessaire ». Il importe de remarquer que le législateur de 1879 a eu surtout en vue l'hypothèse où les présidents des chambres auraient à protéger l'indépendance du parlement contre le gouvernement lui-même. Il se rappelait surtout l'imprévoyance de l'Assemblée législative qui, en 1851, à la veille du coup d'Etat (16 novembre 1851), avait refusé de donner à son président ce droit de réquisition directe. On a déjà fait observer au § 117 que cette loi de 1879 pourrait avoir, dans des circonstances graves, pour conséquence de *légaliser* en quelque sorte la guerre civile.

L'art. 5 de la loi du 22 juillet 1879 donne au président de chaque chambre le droit de requérir directement la force armée. A cet égard, il faut faire une distinction. Aux termes des règlements des chambres (sénat, art. 108; chambre, art. 134), « le président fixe l'importance des troupes militaires qu'il juge nécessaire; elles sont placées sous ses ordres ». Ces dispositions n'ont point été touchées par la loi de 1879. En temps normal, le président de chaque chambre fixe les troupes qui doivent être mises à sa disposition pour veiller à la sécurité de l'assemblée qu'il préside; ces troupes restent d'une manière permanente à sa disposition, et elles sont placées sous ses ordres. Le président de chaque chambre, d'accord avec le ministre de la guerre, désigne un officier qui prend le titre de commandant militaire du palais Bourbon, du palais du Luxembourg et qui est placé sous les ordres du président de chaque chambre. Pour ces troupes, il n'y a point lieu à réquisition; le président donne des ordres au commandant militaire.

C'est seulement quand exceptionnellement les troupes mises d'une manière permanente à la disposition des chambres ne suffisent pas, qu'apparait le droit de réquisition des présidents. Le législateur, voulant éviter l'éventualité d'un refus du gouvernement, donne alors aux présidents des chambres le droit de requérir directement la force armée. C'est un simple droit de réquisition identique à celui qui appartient à beaucoup d'autorités civiles, aux préfets, aux maires, qui sera soumis aux mêmes conditions de forme et de fond, et qui ne donnera point aux présidents des chambres le droit de disposer des troupes requises. Les dispositions légales, résumées par l'instruction ministérielle déjà citée du 23 juin 1903 (*J. off.*, 19 juillet 1903), s'appliqueront telles quelles. Le caractère du droit de réquisition du président a été très nettement expliqué au sénat, le 19 juillet 1879, au moment du vote de la loi, par le général Gresley, ministre de la guerre : « Il ne s'agit pas ici, disait-il, de requérir l'armée, de requérir des divisions; il s'agit seulement de requérir les troupes qui sont nécessaires pour veiller à la sûreté intérieure ou extérieure des deux assemblées. Ils (les présidents) requerront les troupes qui seront nécessaires pour ce service, comme le président d'un bureau électoral les requiert quand il en a besoin pour protéger l'assemblée qu'il préside ». Le garde des sceaux, M. Le-royer, s'exprimait dans des termes identiques.

La loi du 22 juillet 1879 donne aux présidents des chambres le droit de requérir non seulement la force armée, « mais aussi toutes les autorités dont il juge le concours nécessaire », c'est-à-dire les autorités civiles. Il y a là quelque chose de contradictoire avec les principes généraux de notre droit public. On ne requiert pas les autorités civiles, on leur donne des ordres. La

réquisition suppose une autorité s'adressant à une autorité d'un autre ordre. Les autorités civiles sont placées sous les ordres de leurs supérieurs hiérarchiques, qui leur adressent des injonctions et non des réquisitions.

Pour comprendre les difficultés que pourrait entraîner cette disposition de l'art. 5 de la loi de 1879, il suffit de considérer une autorité civile à laquelle s'adresseraient certainement, le cas échéant, les réquisitions des présidents des chambres, le préfet de police. Ce fonctionnaire est placé sous les ordres de son chef hiérarchique le ministre de l'intérieur, qui, représentant le gouvernement, peut lui donner au nom de celui-ci les ordres qu'il croit devoir lui donner. D'après l'art. 5 de la loi du 22 juillet 1879, le préfet de police sera tenu « d'obtempérer immédiatement » aux réquisitions à lui adressées par les présidents des chambres. Si ces réquisitions ne sont pas contraires aux ordres donnés par le ministre de l'intérieur, tout ira bien ; si elles le sont, ou bien le préfet de police obéira aux ordres du ministre, refusant d'obtempérer aux réquisitions des présidents : alors la loi de 1879 ne sera point appliquée ; ou bien le préfet de police déférera aux réquisitions des présidents, et refusera d'obéir aux ordres de son chef hiérarchique agissant au nom du gouvernement : alors c'est l'anarchie. Et comme la loi de 1879 ne fait aucune réserve, ces réquisitions des présidents pourront être adressées à tous les préfets de France, et s'ils y obtempèrent comme la loi leur en fait un devoir dans tous les cas, le gouvernement reste absolument désarmé, et tous les pouvoirs vont se trouver concentrés entre les mains d'un président parlementaire, dont l'audace sera favorisée par l'imprévoyance du législateur.

L'art. 5 de la loi du 22 juillet 1879 ne fut pas voté sans difficulté ; mais les objections furent faites surtout au droit de réquisition de la force armée donné aux présidents des chambres. Le sénat faisait quelques objections ; il avait voté un texte où il était dit : « Si pendant le cours de la session le président estime que le nombre des troupes doit être augmenté, cette augmentation est faite sur sa réquisition après entente avec le ministre... », et M. Jules Simon, rapporteur, disait : « ... Les présidents s'entendront avec le ministre ; ils lui adresseront leurs réquisitions ; il ne sera pas comme pour la garde ordinaire de l'assemblée tenu d'y obéir à la lettre. Les réquisitions avertiront le ministre ; elles engageront sa responsabilité ; elles ne forceront pas son consentement ». Lorsque le texte de l'art. 5 voté par la chambre revint devant le sénat, MM. Buffet et Baragnon firent observer qu'il était en contradiction avec l'art. 3, § 3 de la loi const. du 25 février 1875, qui donne au président de la république « la disposition de la force armée ». C'est alors que le ministre de la guerre, le général Gresley et le garde des sceaux, M. Leroyer, firent observer qu'un simple huissier, un président de

bureau électoral avaient le droit de réquisition, qu'*a fortiori* les présidents des chambres pouvaient l'avoir ; le texte fut voté par le sénat. Le raisonnement du garde des sceaux et du ministre de la guerre n'était pas bon, car l'huissier, le président du bureau électoral sont, à tout prendre, des agents du gouvernement et agissent sous son autorité et sous son contrôle. Les présidents des chambres sont absolument indépendants du gouvernement, et leur accorder le droit de réquisition directe, c'est en quelque sorte *légaliser* un conflit armé entre le parlement et le gouvernement. V. sur la discussion qui précéda le vote de l'art. 5 de la loi du 22 juillet 1879, Pierre, *loc. cit.*, p. 1275 et suiv.

L'art. 5 § 4 porte que le président du sénat et de la chambre peuvent déléguer leur droit de réquisition aux questeurs ou à l'un d'eux.

On s'est demandé si cette délégation doit être spéciale ou peut être générale. En 1848, au moment du vote du décret du 11 mai, il fut dit que le président aurait à cet égard un pouvoir illimité et pourrait donner aux questeurs une délégation générale ou une délégation spéciale. On reconnut aussi que la délégation pouvait être écrite ou verbale, voire même tacite, dans le cas où le président prisonnier de l'émeute ne pourrait pas la donner expressément. Cf. Pierre, *loc. cit.*, p. 1279.

2° *Aucune autorité civile ou militaire ne peut pénétrer dans l'enceinte du palais législatif que du consentement de l'assemblée qui y siège ou de son président.* — Cette proposition est la conséquence de la précédente. Chaque chambre ayant le droit absolu de prendre, par l'intermédiaire de son président, toutes les mesures destinées à assurer sa sécurité, doit avoir le droit de s'opposer à ce qu'une autorité quelconque fasse un acte de sa compétence dans l'enceinte du palais où elle siège ; car alors son droit de police se trouverait limité par l'intervention d'une autorité étrangère. Cette proposition est aujourd'hui une règle certaine de notre droit constitutionnel coutumier. Elle a été d'ailleurs consacrée expressément par plusieurs de nos constitutions.

Dès le 23 juin 1789, l'Assemblée constituante décidait que le roi ne pouvait prendre à son égard aucune mesure de police, et la constitution de 1791 (tit. III, chap. III, sect. I, art. 5) portait : « Le pouvoir exécutif ne peut faire passer ou séjourner aucun corps de troupes de ligne, dans la distance de trente mille toises du corps législatif, si ce n'est sur ses réquisitions ou avec son autorisation ».

Cf. une disposition analogue aux art. 62 et 69 de la const. an III. Pour l'étranger, cons. Orlando, *De l'immunité des locaux parlem.*, *Revue du droit public*, 1898, II, p. 62.

Aujourd'hui la règle n'est inscrite ni dans nos lois const. ni dans nos lois ordinaires. Malgré cela elle est incontestée et incontestable. Du reste les art. 110 du règlement du sénat et 136 du règlement de la chambre sont une application de cette règle; ils portent en effet : « Nul étranger ne peut sous aucun prétexte s'introduire dans l'enceinte où siègent les membres de la chambre ». Cette interdiction vise aussi bien ceux qui sont investis d'une autorité que les simples citoyens, et l'interdiction adressée aux autorités est la conséquence du pouvoir de police appartenant exclusivement aux chambres et à leur président.

La règle est générale et s'applique à tous les fonctionnaires civils et militaires. Elle s'applique non seulement aux fonctionnaires administratifs, mais aussi aux fonctionnaires judiciaires. Les agents de l'ordre judiciaire ne peuvent faire des actes de leur fonction, dans l'intérieur du palais législatif, que sur la demande et avec l'autorisation du président de la chambre. Cette proposition a des conséquences importantes au cas de crimes ou de délits commis dans l'intérieur du palais législatif, soit par un député ou un sénateur, soit par un simple particulier.

Les règlements des chambres (sénat, art. 124, chambre, art. 129) prévoient, en termes analogues, le cas où un délit est commis par un sénateur ou un député dans l'enceinte du palais législatif. Le président doit porter ce fait à la connaissance de la chambre séance tenante; le membre est admis à s'expliquer s'il le demande. A la chambre, le député est tenu de quitter la salle et de se rendre dans le local préparé pour la mise aux arrêts des députés. Le bureau informe le procureur général qu'un délit vient d'être commis dans le palais législatif. Les règlements ne prévoient pas le cas de crime commis par un député, comme si la chose était impossible; évidemment on procéderait de même. Le procureur général ne peut mettre l'action publique en mouvement qu'après qu'il a été avisé par le président de la chambre; et comme l'infraction a été commise pendant une session, il doit évidemment présenter à la chambre une demande d'autorisation. Cf. Delpech, *Revue du droit public*, 1905, p. 182 et suiv., à propos des voies de fait auxquelles s'était livré M. Syveton contre le général André, le 4 novembre 1904; Pierre, *loc. cit.*, p. 1282 et *Supplément*, p. 492.

Lorsqu'une infraction (crime ou délit) est commise dans l'intérieur du palais législatif par une personne qui n'est ni député ni

sénateur (comme par exemple le crime de Vaillant qui, le 9 décembre 1893, lança une bombe sur les députés du haut d'une tribune), l'autorité judiciaire ne peut faire aucun acte d'instruction, aucune recherche, aucune visite ou perquisition dans l'intérieur du palais législatif, que sur la demande et avec l'autorisation de la chambre qui y siège représentée par son président. Les règlements des chambres sont muets à cet égard; ils ne devaient rien dire puisque l'infraction est commise par une personne qui n'appartient pas aux chambres. Mais le point n'en est pas moins certain. Le parquet peut être averti et autorisé à faire des actes de poursuite dans l'intérieur du palais législatif, ou bien par une lettre du président de la chambre adressée au procureur général, ou bien par la copie du procès-verbal de l'incident envoyée au procureur général par les soins du président. Cela à vrai dire ne saisit pas le parquet; mais cela est la condition indispensable pour que l'autorité judiciaire puisse pénétrer dans le palais législatif et y faire des actes d'instruction.

A notre avis, il ne faut pas aller plus loin. Nous croyons que lorsqu'une infraction est commise dans l'intérieur du palais législatif, le ministère public peut mettre l'action publique en mouvement, alors même qu'il n'ait pas été averti par une lettre du président de la chambre; il peut être saisi suivant le droit commun, par exemple par une plainte de la victime; il peut même agir d'office. La seule chose que l'autorité judiciaire ne puisse pas faire sans une autorisation du président, c'est un acte d'instruction dans l'intérieur du palais législatif. Cependant on a soutenu que le ministère public ne peut même pas mettre l'action publique en mouvement avant d'avoir reçu la dénonciation du président de la chambre, dans l'enceinte de laquelle l'infraction a été commise. Cela nous paraît inadmissible. C'est un principe de notre droit pénal moderne que l'action publique appartient au ministère public et qu'elle est indépendante, ce qui veut dire qu'il est toujours libre de la mettre en mouvement à moins qu'un texte formel de loi ne subordonne cette mise en mouvement à certaines conditions. Or ici il n'y a rien de pareil. Aucun texte n'établit des conditions préalables auxquelles serait subordonnée l'action publique dirigée contre l'auteur (non député ou sénateur) d'une infraction commise dans le palais législatif. Ce qui ne peut pas se faire, ce qui serait contraire à l'indépendance des chambres, c'est que l'autorité judiciaire pénètre sans l'autorisation de la chambre dans le palais où elle siège; mais voilà tout. Subordonner la poursuite à l'autorisation de la chambre, c'est violer sans raison et sans texte le principe de l'indépendance de l'action publique. Cf. en ce sens Pierre, *loc. cit.*, p. 1289.

Il va sans dire que si l'auteur présumé d'une infraction, recherché par la justice, s'était réfugié dans l'intérieur du palais Bourbon ou du Palais du Luxembourg, les agents porteurs d'un mandat ne pourraient pénétrer dans le palais législatif, pour l'exécution de leur mission, que du consentement du président de la chambre.

D. *Procédure parlementaire.*

123. Les lois et les résolutions. — En considérant au point de vue purement formel les décisions votées par chacune des chambres, on doit les distinguer en deux grandes catégories : les projets de loi et les résolutions.

Nous avons essayé de déterminer ce qu'était la loi au point de vue *matériel*, en déterminant ce qu'était la fonction législative (cf. §§ 34-37). Ici nous envisageons la loi au point de vue purement *formel*. Elle est, à ce point de vue, toute décision votée en termes identiques par les deux chambres et promulguée par le président de la république, quel que soit son objet, qu'elle soit une règle par voie générale et abstraite ou un acte individuel et concret (L. L. const. 25 février 1875, art. 1 et 16 juillet 1875, art. 7). La loi, au point de vue *formel*, implique donc trois opérations : 1° le vote par la chambre qui en a été saisie en premier lieu; 2° le vote dans les mêmes termes par la chambre à laquelle elle est ensuite transmise; 3° la promulgation par le président de la république (cf. § 139). Le parlement vote les lois. Mais chaque chambre ne vote en réalité qu'un projet de loi. Les deux chambres possèdent, en principe, exactement les mêmes pouvoirs pour le vote des projets de lois, sauf en matière financière où le sénat a des pouvoirs restreints (L. const. 24 février 1875, art. 8, § 2, et cf. § 131). L'une quelconque des chambres peut être saisie en premier lieu; elle vote un texte; ce texte est transmis à l'autre chambre, qui peut l'adopter tel quel, le repousser en bloc ou voter un texte différent. Si la chambre, saisie en second lieu, vote le même texte, les chambres ont achevé leur rôle; le texte voté par les deux chambres est transmis au président de la république qui doit le promulguer dans un certain délai, sauf son droit de demander aux chambres une

seconde délibération (L. const. 16 juillet 1875, art. 7, §§ 1 et 2). Si le texte voté par la chambre saisie en premier lieu est repoussé en bloc par la chambre à laquelle il est transmis, rien n'est fait et le parlement a repoussé le projet de loi. Si enfin le projet voté par l'une des chambres est voté par l'autre chambre en termes différents, le projet sera transmis d'une chambre à l'autre jusqu'à ce que finalement le même texte soit adopté par les deux chambres. Jamais le texte voté par l'une des chambres ne peut s'imposer à l'autre. Le principe essentiel de notre droit constitutionnel est l'égalité des chambres et leur complète indépendance. L'une n'est pas une chambre de contrôle, l'autre une chambre de décision. L'une et l'autre ont, en principe, des pouvoirs absolument égaux; l'une n'est point tenue de céder devant l'autre.

Ce principe de l'égalité complète des chambres en droit, sauf en matière financière, a été emprunté par le législateur de 1875 aux Chartes de 1814 et de 1830, qui l'une et l'autre l'avaient emprunté au droit constitutionnel anglais. La chambre des pairs et la chambre des députés de la Restauration et du Gouvernement de juillet, comme la chambre des communes et la chambre des lords, comme notre chambre des députés et notre sénat actuel, participaient dans les mêmes conditions et avec des pouvoirs égaux à la confection des lois. Il en était de même du corps législatif et du sénat du sénatusconsulte constituant de 1870. Au contraire, les deux chambres créées par la const. de l'an III, le conseil des anciens et le conseil des cinq-cents participaient d'une manière différente à la confection des lois. L'initiative appartenait exclusivement aux cinq cents. Les propositions adoptées par le conseil des cinq cents, appelées *résolutions*, étaient transmises au conseil des anciens, qui devait ou en rejeter tous les articles ou les approuver en bloc (Const. an III, art. 76, 86, 88, 95-101).

Les *résolutions* sont toutes les décisions qui résultent du vote d'une seule chambre. Il va de soi que ces résolutions n'ont pas la valeur de lois, puisque, aux termes de l'art. 1 déjà cité de la loi const. du 25 février 1875, le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, la chambre des députés et le sénat. Mais cependant ces résolutions ne sont point sans produire des effets importants.

D'abord c'est par voie de résolution que les chambres votent toutes les décisions qui s'appliquent à elles-mêmes : les décisions par lesquelles elles fixent leur ordre du jour, ordonnent des renvois à la commission, etc... ; toutes les dispositions qui forment le règlement de leurs travaux (cf. § 120); les décisions par lesquelles les chambres lèvent l'inviolabilité protégeant leurs membres, acceptent leur démission, prononcent leur déchéance, infligent la censure.

Toutes ces décisions ne s'appliquent qu'aux membres de la chambre qui les prend. Si l'on admet l'idée développée aux §§ 120 et 121, d'après laquelle les chambres modernes peuvent être considérées comme des corporations autonomes, exerçant des droits de puissance publique sur les individus qui les composent, on comprend très bien comment les résolutions votées dans les hypothèses qu'on vient d'indiquer produisent un effet de droit et s'imposent aux membres de la chambre qui les a prises.

Outre sa participation à la confection des lois, chaque chambre exerce un pouvoir de contrôle sur les actes du gouvernement et de ses agents (cf. art. 6, § 1 de la loi const. du 25 février 1875, et *infra*, §§ 129 et 145). Toute résolution votée par l'une des deux chambres dans le but d'exercer ce contrôle s'impose au respect du gouvernement et de ses agents sous la sanction de la responsabilité ministérielle. C'est ainsi que par des résolutions chaque chambre vote des ordres du jour de confiance, de défiance ou de blâme à l'égard du ministère, l'invite à prendre telle ou telle mesure, nomme des commissions d'enquête pour examiner le fonctionnement de tel ou tel service, ordonne des communications de pièces, etc.... On peut rattacher à cette catégorie de résolutions celles votées par les chambres pour requérir la suspension des poursuites commencées contre l'un de leurs membres et la suspension de sa détention, conformément à l'art. 14, § 2 de la loi const. du 16 juillet 1875, et celles par laquelle l'une des chambres ordonne l'affichage du discours d'un ministre ou d'un de ses membres.

Enfin il est des résolutions qui sont prévues expres-

sément par la constitution et qui produisent leurs effets en vertu du texte constitutionnel qui donne formellement compétence à chaque chambre pour les prendre. Ce sont d'abord les résolutions par lesquelles chaque chambre statue sur la régularité de l'élection de ses membres et sur leur éligibilité (L. const. 16 juillet 1875, art. 10; cf. § 118). Ce sont ensuite les décisions par lesquelles la chambre des députés peut mettre en accusation devant le sénat le président de la république et les ministres (L. const. 16 juillet 1875, art. 12, §§ 1 et 2; cf. §§ 132-134). Ce sont enfin les résolutions que peuvent prendre la chambre et le sénat déclarant qu'il y a lieu de reviser les lois constitutionnelles (L. const. 25 février 1875, art. 8; cf. § 149).

Que les chambres votent des projets de loi ou des résolutions, la procédure parlementaire est la même. Elle est, sauf quelque différence de détail, la même dans les deux chambres. Aussi ne parlerons-nous que de la chambre des députés, restant entendu qu'à moins d'observation contraire, ce qui est dit de la chambre est vrai du sénat. Cette procédure parlementaire est surtout déterminée par le règlement des chambres: les lois constitutionnelles et les lois ordinaires ne contiennent pas de dispositions à cet égard. Elle comprend quatre phases principales : 1° la proposition faite par ceux qui ont ce qu'on appelle l'initiative; 2° l'étude de la proposition en commission ; 3° la discussion en séance publique ; 4° le vote. Enfin l'existence de deux chambres fait naître forcément des relations entre elles que le législateur constituant a eu le tort de ne point réglementer et qui sont régies par la coutume parlementaire et par quelques articles des règlements des chambres.

124. L'initiative. — C'est le droit de saisir une chambre d'une proposition tendant au vote d'un projet de loi ou d'une résolution. Dans notre constitution, qui repose sur l'idée très juste de la collaboration des organes et sur le principe d'une pondération respec-

tive du parlement et du gouvernement, l'initiative appartient également au président de la république personnifiant le gouvernement et l'exerçant par les ministres et aux membres de chacune des deux chambres. Le principe en est formulé très nettement dans l'art. 3, § 1 de la loi const. du 25 février 1875 : « Le président de la république a l'initiative des lois concurremment avec les membres des deux chambres ». Rap. L. 24 février, art. 8, § 1. Cependant de fait le droit d'initiative du gouvernement s'exerce d'une manière plus large que le droit d'initiative parlementaire.

Il est indispensable que le droit d'initiative appartienne au gouvernement. C'est lui qui est l'organe dirigeant par excellence dans l'Etat ; c'est lui qui connaît surtout les besoins du pays, les difficultés auxquelles il faut parer ; c'est donc lui qui, mieux que personne, peut savoir quels projets doivent être soumis au parlement.

Cette nécessité de reconnaître au gouvernement le droit d'initiative apparaît bien si l'on remarque ce qui se passe aux Etats-Unis. Les auteurs de la constitution, s'inspirant sur ce point du principe de la séparation des pouvoirs, n'ont point donné au président de la république américaine le droit d'initiative proprement dite. Il n'a constitutionnellement que le droit d'appeler par un message l'attention du congrès sur tel point où il estime qu'une loi doit être faite dans un sens déterminé ; ce droit de conseil s'est transformé en fait en un véritable droit d'initiative ; et la plupart des dernières lois votées par le congrès américain l'ont été sur l'initiative du président. Cf. le très intéressant article de M. Barthélemy, *La présidence des Etats-Unis d'Amérique*, *Revue politique et parlem.*, février 1906, p. 289 et suiv. ; *id.*, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes*, 1907, p. 55 et suiv.

En France, les auteurs de la constitution de 1791 et de l'an III, qui avaient voulu appliquer autant que possible le principe de la séparation des pouvoirs, avaient refusé l'initiative au gouvernement. En 1791 le roi avait seulement le droit d'inviter le corps législatif à prendre un objet en considération (tit. III, chap. III, sect. I, art. 1, n° 1, et sect. IV, art. 1). En l'an III, l'initiative appartient au conseil des cinq cents et le directoire peut seulement inviter par écrit le conseil des cinq cents à prendre un objet en considération (art. 76 et 163). Inspirées par un esprit entièrement opposé, les constitutions

de l'an VIII et de 1852 (art. 8), la Charte de 1814 (art. 16) donnent l'initiative des lois exclusivement au chef de l'Etat, premier consul, président de la république, empereur, roi. Cependant la Charte de 1814 portait que les chambres avaient la faculté de supplier le roi de proposer une loi sur un objet quelconque et d'indiquer ce qu'il leur paraissait convenable que la loi contînt (art. 19).

Au contraire, s'inspirant sur ce point des mêmes idées que le législateur de 1875, les auteurs de la Charte de 1830 (art. 15), de la constitution de 1848 (art. 49) et du sénatusconsulte constituant de 1870 (art. 12) ont donné le droit d'initiative et au gouvernement et aux membres des chambres. L'Assemblée nationale de 1871 reconnut au gouvernement qu'elle institua par la résolution du 17 février et la loi du 31 août 1871 le droit d'initiative; en effet, elle adopta le règlement de la Législative de 1849 qui contenait un article 61 ainsi conçu : « Les projets de loi présentés au nom du gouvernement sont déposés par un des ministres sur le bureau de l'assemblée ».

Initiative du gouvernement (L. const. 25 février 1875, art. 3, § 1). — Le droit d'initiative du gouvernement s'exerce avec la plus entière liberté. Le texte présenté par le gouvernement prend le nom de *projet*, *projet de loi* ou *projet de résolution*. Le mot *proposition* désigne plus spécialement le texte présenté par un membre du parlement.

Le gouvernement peut charger le conseil d'Etat de préparer un projet de loi (L. 24 mai 1872, art. 8). Il le fait rarement. Plus souvent il charge une commission extra-parlementaire de préparer le projet. Les exemples de ce procédé sont nombreux ces dernières années; notamment une grande commission extra-parlementaire a été constituée au mois de janvier 1905 pour préparer une revision du code civil. Le gouvernement peut aussi par un décret spécial ordonner de soumettre au conseil d'Etat un projet déjà préparé (L. 24 mai 1872, art. 8, n° 2).

Les projets du gouvernement sont établis sous forme de décrets signés du président de la république, contresignés par un ministre. Ils ne sont soumis ni à l'examen d'une commission d'initiative, ni à la formalité de la prise en considération. Cf. *infra*, même §.

Le droit d'initiative du gouvernement s'exerce à son choix ou devant le sénat ou devant la chambre. C'est la conséquence du principe de l'égalité des chambres. Il n'y a qu'une exception, qui, peut-on dire, est traditionnelle dans les pays qui pratiquent le régime représentatif : les lois de finances doivent être

en premier lieu présentées à la chambre des députés et votées par elle (L. const. 24 février 1875, art. 8, § 2).

Cette règle que les lois de finances ne peuvent être présentées en premier lieu à la chambre haute a été pour la première fois formulée en France par la constitution du 6 avril 1814, dite *constitution sénatoriale* (art. 5, § 3). Elle a été reproduite dans les Chartes (Chartes de 1814, art. 17 et 1830, art. 15, § 2), le sénatusconsulte const. de 1870 (art. 12, § 3) et enfin l'art. 8 de la loi const. du 24 fév. 1875. Elle était empruntée au droit constitutionnel anglais. Elle avait, en effet, en Angleterre sa raison d'être : les lois de finances doivent être proposées en premier lieu à la chambre des communes, parce qu'elle seule est une chambre élue et qu'à ce titre elle seule représente vraiment le pays et par suite peut créer des impôts, engager des dépenses. La chambre des lords, chambre nommée par le roi et en grande partie héréditaire, ne peut exercer en matière de finances qu'un droit de contrôle. Cette règle se concevait aussi très bien sous la monarchie de 1814 à 1848 et sous le second empire, où la chambre haute, chambre des pairs ou sénat, n'était point élective, mais nommée par le roi ou l'empereur, dont certains membres mêmes étaient nommés à titre héréditaire sous la Restauration (Charte de 1814, art. 27). Mais aujourd'hui cette restriction au droit d'initiative du gouvernement, cette distinction entre les deux chambres n'ont pas leur raison d'être : le sénat est électif comme la chambre; le sénat sort du suffrage universel comme la chambre; il est vrai que pour le sénat le suffrage universel s'exerce à deux ou trois degrés; mais il n'y a pas là une raison suffisante pour établir au profit de la chambre le privilège de la priorité en matière financière.

Il importe toutefois de ne pas exagérer l'importance de ce privilège. Les projets de lois de finances sont les projets de loi créant des impôts nouveaux, modifiant l'organisation ou l'assiette d'impôts existant déjà, tendant à autoriser un emprunt d'Etat ou de ville ou à convertir un emprunt, les projets d'ouverture de crédit, d'annulation de crédit et enfin le projet de budget. Aucun de ces projets ne peut être présenté en premier lieu au sénat et tous doivent être déposés d'abord à la chambre. Mais le gouvernement n'est point obligé de présenter en premier lieu à la chambre un projet de loi qui aurait pour conséquence indirecte d'entrainer une augmentation de dépenses. Ainsi, par exemple, la loi du 14 juillet 1905 sur l'assistance aux vieillards, aux infirmes et aux incurables et même le projet de loi sur les retraites ouvrières auraient pu être certainement présentés en premier lieu au sénat.

D'autre part, ce droit de priorité de la chambre des députés n'empêche pas le gouvernement de faire devant le sénat une proposition qu'il a déjà faite à la chambre, mais qui a été repoussée. Sans doute, si le gouvernement demande un crédit isolé à la chambre et qu'il lui soit refusé en totalité, il ne pourrait pas le demander

ensuite au sénat. Puisque rien n'a été voté à la chambre, il ne pourrait rien transmettre au sénat et sa demande y serait une proposition nouvelle. Mais si la chambre n'a pas accordé le chiffre demandé par le gouvernement ou si, s'agissant du budget, la chambre a repoussé totalement un des crédits budgétaires, en transmettant au sénat le texte voté par la chambre, le gouvernement peut lui demander de voter le chiffre qu'il avait demandé à la chambre ou de rétablir le crédit qu'il avait proposé à la chambre et qu'elle avait refusé. Pendant quelque temps on a soutenu à la chambre que celle-ci ayant refusé un crédit budgétaire demandé par le gouvernement, le sénat ne pouvait pas le rétablir, même sur la demande du gouvernement. Aujourd'hui cette opinion est tout à fait abandonnée, et l'on reconnaît que le gouvernement peut demander et que le sénat peut rétablir un crédit budgétaire non voté par la chambre. En effet, la règle de la priorité est alors respectée : le projet a été présenté en premier lieu à la chambre ; il a été voté par elle ; transmis au sénat, c'est le gouvernement qui demande au sénat de le voter tel qu'il avait été présenté à la chambre. V. *infra*, même §, la question de l'initiative des sénateurs en matière financière.

Les art. 79 du règlement du sénat et 38 du règlement de la chambre décident que lorsqu'une proposition due à l'initiative parlementaire a été repoussée, elle ne peut être présentée à nouveau qu'après l'expiration d'un délai de trois mois, si elle a été prise en considération, et d'un délai de six mois, si elle n'a pas été prise en considération. Cette prohibition ne s'applique certainement pas aux projets du gouvernement. Les règlements des chambres ont voulu seulement éviter l'abus de l'initiative. Cet abus n'est certainement pas à craindre de la part du gouvernement. D'un autre côté, le ministère est responsable devant les chambres ; il faut donc qu'il ait une entière liberté d'initiative. Enfin les chambres peuvent bien réglementer l'initiative de leurs membres, en vertu de leur pouvoir d'auto-réglementation. Mais leurs règlements ne peuvent s'imposer qu'à leurs membres (cf. § 120), et ne peuvent limiter, sous une forme quelconque, le droit d'initiative que le gouvernement tient de la constitution elle-même.

Parfois, la loi a imposé au gouvernement l'obligation de présenter un projet de loi, et même de le présenter dans un certain délai. Par exemple, la loi du 20 janvier 1874 sur les maires, imposait au gouvernement l'obligation de saisir l'assemblée, dans les deux mois, d'un projet d'organisation municipale. La loi du 13 mars 1873, art. 5, § 2 ordonnait au gouvernement de soumettre à l'assemblée des projets de loi sur l'organisation politique. Il est vrai que ces lois étaient votées par une assemblée qui avait le pouvoir constituant. Mais si une disposition de ce genre était votée actuellement par le parlement, elle serait, croyons-nous, incorrecte au point de vue constitutionnel. C'est ce que fit très justement observer, dans la séance du

6 juillet 1895, le rapporteur de la commission du budget à propos d'un amendement tendant à introduire dans la loi des finances un acte obligeant le gouvernement à déposer dans un certain délai un projet de loi relatif à l'impôt sur le revenu. La loi constitutionnelle donne au gouvernement le droit d'initiative sans réserve; le législateur ordinaire ne peut apporter une restriction à ce droit constitutionnel, en imposant au gouvernement l'obligation de déposer un projet; *a fortiori* il ne peut pas lui imposer l'obligation de déposer un projet dans un certain délai.

Nous n'en dirons pas autant des résolutions par lesquelles l'une des chambres invite le gouvernement à déposer un projet de loi et fixe même un certain délai. Alors, en effet, il n'y a point une disposition législative créant une limitation que la loi constitutionnelle n'a pas établie. La chambre qui vote une pareille résolution ne fait pas autre chose qu'exercer son droit de contrôle sur les actes, sur la politique du gouvernement. On verra, au § 129, que ce contrôle ne donne pas seulement aux chambres le droit de demander au gouvernement des explications sur les actes faits, mais aussi le droit d'indiquer au gouvernement, en des formes variables, la politique à suivre. La résolution invitant le gouvernement à déposer un projet de loi n'a point pour but, comme l'aurait une loi, de faire naitre, pour le gouvernement, une obligation légale de déposer le projet; elle avertit seulement le gouvernement que sa responsabilité politique pourrait se trouver engagée s'il ne déposait pas tel projet de loi. Cela est d'une correction constitutionnelle parfaite.

Il est incontestable que le gouvernement peut retirer un projet qu'il a présenté à l'une des chambres. Le retrait du projet se fait par un décret motivé ou non et contresigné par le ministre intéressé. La simple déclaration d'un ministre faite verbalement à la tribune ne suffirait pas. Présenté aux chambres par décret, un projet ne peut être retiré que par décret. Le projet peut être retiré à tout moment de la procédure parlementaire.

Cependant on verra (§ 128) que le gouvernement doit transmettre à l'autre chambre le projet voté par une chambre. Mais quand il a fait cette transmission, il peut le retirer. Qu'on ne dis pas que la transmission est alors inutile : c'est un acte de déférence pour la chambre qui a déjà voté le projet, et la chambre à laquelle est faite la transmission peut alors, si le projet est retiré, le reprendre par l'initiative parlementaire et en rester saisie.

Initiative parlementaire. — Elle appartient en principe en toute matière à tout député, à tout sénateur

(L. 25 février 1875, art. 3, § 1 et 24 février 1875, art. 8). On a vu cependant que, d'après le règlement de la chambre (art. 6), une proposition de loi ne peut pas être déposée par un député avant son admission. Pareille restriction n'existe pas au sénat.

Le droit d'initiative appartenant aux députés et aux sénateurs comprend naturellement le droit d'amendement, c'est-à-dire le droit de proposer des modifications partielles aux projets du gouvernement ou aux propositions parlementaires.

Le droit d'initiative est en principe le même pour les députés et pour les sénateurs. Il est restreint pour les sénateurs en matière financière par l'art. 8, § 2 de la loi const. du 24 février 1875. Pour les députés, il peut s'exercer en toute matière à la condition, bien entendu, que la proposition déposée ne soit pas contraire à la constitution. Les députés peuvent donc proposer des ouvertures de crédit, soit l'introduction de crédits nouveaux dans le budget, soit l'augmentation de crédits déjà inscrits au budget, soit l'ouverture de crédits isolés.

Ce droit a été nettement affirmé par le président Grévy le 11 janvier 1877 et bien souvent la chambre a voté des crédits ou des augmentations de crédits proposés par des députés. Cette pratique est même devenue abusive; il est arrivé souvent qu'un budget, présenté en équilibre à la chambre par le gouvernement et la commission du budget, sortait de la chambre en déficit, par suite du vote de nombreux crédits proposés par les députes, et souvent admis en vue de considérations purement électorales. C'est pour remédier à ce grand inconvénient que le 16 mars 1900, sur la proposition de M. Berthelot, la chambre a voté la résolution suivante qui est devenue l'art. 51 *bis* de son règlement : « Aucune proposition tendant soit à des augmentations de traitement, d'indemnités ou de pensions, soit à des créations de services, d'emplois ou de pensions ou à leur extension en dehors des limites prévues par les lois en vigueur, ne peut être faite sous forme d'amendement ou d'article additionnel au budget ». Cette disposition est applicable et elle a été appliquée sans contestation par le président aux projets de crédits supplémentaires qui ne sont qu'un complément du budget. Les amendements ayant pour but d'augmenter les dépenses par la reprise du chiffre primitif du gouvernement ne sont pas soumis à l'interdiction. Ne l'est pas non plus une

proposition qui tend à diminuer les recettes. C'est ainsi que la loi du 27 février 1906, rétablissant le privilège des bouilleurs de crû, a été votée sur l'initiative parlementaire. Dans la séance du 4 mars 1902, une proposition tendant à l'abrogation de l'amendement Berthelot n'a pas été adoptée. Le 15 décembre 1905, une nouvelle proposition tendant à l'abrogation dudit amendement a été renvoyée à la commission du règlement, et la dernière législature est arrivée à sa fin sans que la discussion ait été reprise. L'exercice du droit d'initiative en matière d'emprunt n'est soumis à aucune limitation en ce qui concerne les députés.

La légalité constitutionnelle de l'art. 51 *bis* du règlement de la chambre, voté sur la proposition de M. Berthelot, a été contestée par quelques-uns. Nous estimons qu'il n'est en rien contraire à la constitution. En effet, il ne supprime point l'initiative des députés en matière de dépenses ; il décide seulement que cette initiative ne pourra pas s'exercer sous une certaine forme, sous forme d'amendement ou d'article additionnel au budget ; ce droit pourra, par conséquent, s'exercer par voie de proposition principale, et ainsi le droit d'initiative des députés est resté intact.

Le droit d'initiative des sénateurs en matière financière se trouve très réduit par la disposition déjà citée de la loi const. du 24 février 1875 (art. 8, § 2). Il importe encore ici de ne pas étendre outre mesure la portée de ce texte. D'abord il est incontestable qu'un sénateur ne pourrait pas saisir pour la première fois le sénat d'une proposition d'ouverture d'un crédit isolé ou d'un crédit budgétaire, d'une proposition d'emprunt ou d'une proposition tendant à la création d'un impôt nouveau. A notre avis, les sénateurs ne peuvent pas non plus proposer au sénat de relever un crédit, budgétaire ou isolé, voté par la chambre, ni *a fortiori* de rétablir un crédit budgétaire refusé par la chambre. Une dépense nouvelle ne peut jamais être engagée sur l'initiative d'un sénateur. Voilà la règle essentielle. Elle serait violée si le sénat pouvait, sur l'initiative d'un de ses membres, relever ou rétablir un crédit voté ou refusé par la chambre. Mais le sénat peut relever le crédit voté par la chambre ou rétablir un crédit refusé par elle quand la proposition de relèvement ou de rétablissement lui est faite par le gouvernement et que le chiffre proposé au sénat ne dépasse pas le chiffre proposé primitivement à la chambre.

Alors, en effet, la règle de la priorité et de l'initiative est parfaitement respectée : la loi financière a été d'abord présentée à la chambre, et, d'autre part, l'initiative du relèvement ou du rétablissement de crédit ne vient pas d'un sénateur, mais du gouvernement.

Cette solution a été soutenue au sénat le 24 décembre 1888 par le président du conseil, M. Floquet, et dans la séance du 11 avril 1900 par M. Caillaux, ministre des finances. Cependant, il y a une tendance certaine à reconnaître au sénat un droit plus étendu et à lui permettre de relever, même sur la seule initiative d'un de ses membres et par exemple de sa commission des finances, un crédit voté par la chambre et même de rétablir un crédit refusé par elle. Cf. en ce sens Esmein, *Droit const.*, 4e édit., 1906, p. 849. Cette solution a été parfois affirmée au sénat, mais cependant avec quelques hésitations. Le 20 avril 1905, M. Antonin Dubost, rapporteur du budget au sénat, disait : « Votre commission des finances se borne à faire remarquer que le droit pour le sénat de rétablir les crédits soumis d'abord au vote de la chambre et refusés par cette assemblée paraît n'avoir jamais fait l'objet de contestations sérieuses ». Le lendemain, 21 avril 1905, M. Antonin Dubost faisait une restriction : « Votre commission a déjà indiqué que le droit du sénat de relever les crédits, *tout au moins dans la limite demandée par le gouvernement*, paraissait n'avoir jamais été contesté ». — Nous persistons à penser que le sénat ne peut relever ou rétablir des crédits que sur la demande du gouvernement. C'est ce qu'il a fait notamment le 11 avril 1906 en rétablissant, sur la demande du gouvernement, au budget de 1906, le crédit affecté au traitement des sous-préfets, qui avait été refusé par la chambre.

Cons. Esmein, *Droit const.*, p. 850; Pierre, *loc. cit.*, p. 594 et suiv., et *Supplément*, 1906, p. 214. — Nous n'examinons ici que la question de l'initiative. Une question connexe mais distincte, qu'on a eu le tort parfois de confondre avec elle, est celle de savoir si au cas de conflit l'une des deux chambres doit avoir le dernier mot. Sur ce point, à notre sens, les droits des chambres sont absolument égaux. Cf. *infra*, § 131.

Enfin il est incontestable que l'initiative des sénateurs peut s'exercer librement en matière financière, quand elle tend à une diminution des crédits. Le sénat, en matière financière, est avant tout chargé de s'opposer aux entraînements toujours possibles de la chambre des députés, en contact continuel avec le suffrage universel et facilement tentée, dans un but électoral, d'accroître les dépenses. Le gouvernement

démocratique coûte très cher : le sénat est chargé de mettre un frein à l'entraînement des dépenses.

Sur les attributions de contrôle qui doivent dans une démocratie appartenir à une chambre haute, cf. le discours prononcé à Draguignan, le 14 octobre 1906, par M. Clémenceau, ministre de l'intérieur, *Le Temps*, 15 octobre 1906.

Enfin les sénateurs peuvent certainement faire au sénat des propositions de loi qui ne sont pas précisément des lois financières, mais dont le vote entraînera forcément une augmentation de dépenses.

Ce droit n'a jamais été contesté. C'est ainsi, par exemple, que la loi militaire du 21 mars 1905 établissant le service de deux ans, et qui nécessite une sérieuse augmentation de dépenses, a été votée en premier lieu au sénat sur l'initiative d'un de ses membres, M. Rolland.

Observation. — Le droit d'initiative gouvernementale et parlementaire est évidemment limité par l'obligation de ne faire aucune proposition tendant à faire voter un texte qui serait en contradiction avec les textes constitutionnels. C'est le président de la chambre où est faite la proposition qui est chargé d'en apprécier la constitutionnalité. Il peut toujours demander à la chambre de repousser le projet ou la proposition par la question préalable. Cf. § 127.

Pour les propositions dues à l'initiative parlementaire, le pouvoir du président est absolu. Il a le droit et même le devoir de ne pas soumettre à la chambre une proposition qu'il juge inconstitutionnelle. Ce droit a été très nettement affirmé, aux applaudissements de la chambre, par le président Gambetta, le 23 février 1880, et par M. le président Brisson, le 31 mars 1885.

Procédure de l'initiative parlementaire. — Les règlements de la chambre et du sénat ont minutieusement fixé la procédure qui doit être suivie pour les propositions dues à l'initiative parlementaire. Il faut dire cependant qu'aujourd'hui, en fait, à la chambre des députés, par suite de la création des grandes commissions permanentes (cf. § 125), cette procédure n'est presque plus jamais suivie. Son but n'est point de restreindre le droit d'initiative, mais de soumettre son exercice à des conditions de forme destinées à ce que

les chambres ne soient saisies que de propositions véritablement sérieuses et dignes d'occuper leurs instants.

Toute proposition doit être formulée par écrit et à la chambre toute proposition de loi doit être précédée d'un exposé des motifs (Règl. sénat, art. 75; chambre, art. 34).

Avant 1903, l'exposé des motifs était aussi nécessaire pour les propositions de résolution. Le 16 juin 1903, l'art. 34 du règlement de la chambre a été complété comme suit : « Les projets de résolution et les motions sont dispensés de l'exposé des motifs..... Ils ne peuvent être discutés au cours de la discussion de la loi des finances, ou au cours de la délibération sur un projet de loi, auxquels ils se rapportent, qu'après un vote spécial de la chambre ordonnant la discussion immédiate ».

Toute proposition due à l'initiative parlementaire, avant d'être l'objet d'une délibération et d'un vote sur le fond, doit en principe être l'objet d'une délibération et d'un vote sur la prise en considération. A cet effet, elle est renvoyée à une commission dite *commission d'initiative* (cf. *infra*, § 125). Cette commission fait un rapport sommaire qui conclut, ou à la *non prise en considération*, ou à la *prise en considération*. Elle peut conclure aussi au vote de la question préalable, si elle estime par exemple que la proposition n'est pas constitutionnelle, et à la déclaration d'urgence. Mais elle ne peut proposer des amendements sur le fond et ne doit faire qu'un rapport sommaire. A la chambre ce rapport doit être présenté dans la quinzaine du renvoi de la proposition à la commission et au sénat dans les vingt jours. Si l'on vote la non-prise en considération, la proposition ne peut plus être représentée avant un délai de six mois. Si la proposition est prise en considération, la procédure suit son cours (Règl. sénat, art. 75-79; chambre, art. 34-38).

Au sénat, ce renvoi à la commission d'initiative doit avoir toujours lieu, et c'est elle qui, lorsqu'elle reconnait que la proposition rentre dans les attributions d'une commission déjà saisie d'une autre proposition ou d'un projet de loi, demande par un rapport verbal au sénat le renvoi à cette autre commission (Règl. sénat,

art. 76, § 2). A la chambre on peut toujours, aux termes de l'art. 18, renvoyer à une commission déjà formée l'examen des propositions et des projets de loi présentés. La nouvelle proposition, dit le même article, § 2, est alors soumise aux mêmes conditions d'examen auxquelles est assujettie la proposition dont la commission est déja saisie. C'est cet article 18 du règlement de la chambre dont on fait maintenant constamment l'application depuis la création des grandes commissions (cf. *infra*, § 125). Lorsqu'une proposition est déposée par un député, le président, sans même consulter la chambre, la déclare renvoyée à celle des grandes commissions dans la compétence de laquelle elle rentre par son objet. Le rôle de la commission d'initiative de la chambre se trouve ainsi réduit à peu près à néant. Aussi est-il question de la supprimer.

La formalité de la prise en considération est aussi nécessaire pour les amendements. Cependant il y a pour les amendements une procédure assez complexe dont voici l'essentiel. Les amendements doivent être remis par écrit au président. On ne peut délibérer sur un amendement que lorsque après avoir été développé par son auteur il est appuyé. Présentés au cours de la première délibération d'une loi, les amendements ne sont pas soumis à la formalité de la prise en considération. Ils sont renvoyés de droit à la commission si le rapporteur le demande. Présentés entre deux délibérations, ils doivent être communiqués à la commission. Présentés au cours de la deuxième délibération, ils sont soumis à la formalité de la prise en considération; ils sont renvoyés de droit à la commission si le rapporteur le demande; ils ne peuvent être votés au fond le jour même où ils sont présentés. Si le texte en discussion n'est soumis, pour une raison quelconque, qu'à une seule délibération, les amendements doivent être l'objet d'un vote sur la prise en considération; ils sont renvoyés à la commission si le rapporteur ou un ministre le demande; ils peuvent être votés le jour même quand il s'agit d'une loi déclarée urgente. Cf. sur tous ces points règl. sénat, art. 27, 65-71, 91; chambre, art. 51-57, 60 et 74.

La formalité de la prise en considération n'est pas nécessaire lorsque la proposition est l'objet d'une *déclaration d'urgence*. Alors elle est envoyée immédiatement à la commission qui l'examine au fond, et même peut être votée immédiatement par la chambre (Régl. sénat, art. 87; chambre, art. 71). Cf. § 126.

La formalité de la prise en considération n'a pas lieu pour les propositions qui ont été déjà votées par une des chambres. C'est la conséquence du devoir de déférence que les deux chambres se doivent réciproquement (Règl. sénat, art. 127; chambre, art. 142).

Les art. 80 du règlement du sénat et 37 du règlement de la chambre permettent à l'auteur d'une proposition de la retirer même quand la discussion est ouverte. La jurisprudence parlementaire permet même à l'auteur de la proposition de la retirer quand tous les articles sont votés et qu'il va être procédé au vote sur l'ensemble. Mais une chambre demeure saisie de toutes les propositions tant qu'elles n'ont pas été retirées par leurs auteurs, alors même que ceux-ci soient morts ou démissionnaires.

Chaque chambre peut toujours décider qu'une proposition sera renvoyée à l'examen du conseil d'Etat (L. 24 mai 1872, art. 8, n° 1). Les chambres (et on doit le regretter) usent très rarement de cette possibilité. Si elles en usaient plus souvent, les lois seraient peut-être mieux rédigées.

Sur l'initiative, cons. Pierre, *Droit politique et parlement.*, 2e édit., 1902, p. 63 et suiv.; *Supplément*, 1906, p. 17 et suiv.: Michon, *L'initiative parlementaire et la réforme du travail législatif*, 1898; Larcher, *L'initiative parlementaire*, 1896; Moreau. *L'initiative parlementaire*, *Revue du droit public*, 1901, I, p. 251-296.

125. Les bureaux et les commissions. — Déjà les états généraux et les assemblées des notables de l'ancien régime se divisaient en bureaux pour l'étude des questions avant qu'elles ne vinssent en assemblée générale. Dès le 7 juin 1789, le tiers-état arrêtait qu'il serait formé des bureaux où « tous les objets intéressants seraient discutés avant d'être soumis à délibération ». Ni la Convention, ni les conseils législatifs de la constitution de l'an III, ni le tribunat, ni le corps législatif du consulat et de l'empire ne furent divisés en bureaux. Mais l'art. 45 de la Charte de 1814 porte : « La chambre se partage en bureaux pour discuter les projets qui lui sont présentés de la part du roi ». Depuis toutes nos assemblées législatives ont été divisées en bureaux.

Aujourd'hui le sénat est divisé en neuf bureaux, et la chambre en dix. Ils sont renouvelés chaque mois par voie de tirage au sort (Règl. sénat, art. 11 ; chambre, art. 3, § 2 et 12). Après leur formation les bureaux sont convoqués par décision de la chambre sur la proposition du président. Chaque bureau nomme un président et un secrétaire. Chaque président peut convoquer son bureau.

Le rôle des bureaux pour l'étude des projets et propositions de loi est actuellement bien restreint; cette étude est faite par les commissions. Leur rôle consiste essentiellement dans la nomination des commissions. Chaque bureau nomme un, deux ou trois commissaires

au scrutin secret (Règl. sénat, art. 14; chambre, art. 15 et 17).

A la chambre, un tirage spécial des bureaux doit avoir lieu chaque année pour la nomination des membres de la commission du budget. Le tirage au sort de ces bureaux ne doit précéder que de deux heures leur réunion (Résolution du 24 avril 1894, devenue le § 3 de l'art. 12 du règlement).

On a souvent critiqué ce mode de nomination des commissions, et parfois les chambres ont décidé que telle commission serait nommée au scrutin de liste par la chambre. On a surtout dit que par suite du tirage au sort des bureaux pouvait se produire ce résultat inadmissible que la majorité d'une commission ne correspondît pas à la majorité de la chambre. Ce résultat assurément peut se produire, et en fait il s'est produit quelquefois. Mais il est rare et n'a pas un bien sérieux inconvénient. La nomination des commissions par les bureaux présente trois avantages qui, à notre avis, la doivent faire maintenir. D'abord elle évite à la chambre une grande perte de temps. En second lieu la nomination des commissions peut être précédée d'une discussion dans chaque bureau et ainsi la clarté des idées et la netteté des situations y gagnent. Enfin, et c'est là le principal avantage, par ce système la minorité de la chambre est presque toujours représentée dans les commissions. Si les commissions étaient nommées au scrutin de liste par la chambre, il serait à craindre que la majorité, quelle qu'elle soit, facilement oppressive, n'écarte des commissions importantes complètement les membres de la minorité. La chose n'est point sans exemple. Il importe donc de maintenir le mode actuel de recrutement des commissions. A la chambre des députés (Règl. art. 17, § 1) il peut être décidé que la nomination des commissions sera faite en assemblée générale par scrutin de liste. Heureusement la chambre use rarement de cette faculté. Dans la séance du 26 juin 1906, la chambre a repoussé diverses propositions tendant à modifier le mode de nomination des commissions permanentes, et notamment une proposition de M. G. Berry tendant à la nomination de toutes les commissions au scrutin de liste.

Les commissions parlementaires. — De tout temps les assemblées politiques ont désigné quelques-uns de leurs membres pour faire une étude préliminaire des questions et leur présenter un texte devant servir de base à la discussion en séance publique.

Jusqu'à la résolution votée par la chambre des députés le 17 novembre 1902, devenue l'art. 11 *bis* de son règlement, dans nos deux assemblées les commissions étaient en principe *spéciales* et *temporaires*. Elles

étaient *spéciales*, c'est-à-dire qu'elles étaient nommées en vue de l'étude d'un ou plusieurs points déterminés, et qu'elles ne pouvaient s'occuper que de la question en vue de laquelle elles avaient été nommées. Elles étaient *temporaires*, c'est-à-dire qu'elles disparaissaient du moment où la question en vue de laquelle elles avaient été nommées était résolue, du moment où le projet, la proposition en vue desquels elles avaient été constituées, étaient votés ou repoussés.

Ce système des commissions temporaires et spéciales était la règle de notre droit parlementaire depuis la const. de l'an III (art. 67). Il avait pour but d'éviter que des commissions permanentes ne prissent trop d'influence, n'empiétassent sur le domaine du gouvernement et ne portassent atteinte à sa liberté d'action. On voulait éviter le retour des abus et de la tyrannie des comités de la Convention et de la Constituante.

L'Assemblée nationale de 1789 confia à des comités l'examen préalable de toutes les affaires. Quelques-uns de ces comités devinrent très puissants et annihilèrent complètement l'autorité du gouvernement dans l'ordre des affaires rentrant dans la délégation à eux donnée par l'Assemblée nationale. Le système des comités se continua sous la Législative. De 1792 à 1795 ce sont les comités de la Convention qui sont les véritables détenteurs du pouvoir. Au moins jusqu'au 9 thermidor le *Comité de sûreté générale* créé le 1er janvier 1793 et le *Comité de salut public* créé le 7 avril 1793 sont beaucoup plus puissants que la Convention dont la majorité tremble devant eux. Après le 9 thermidor une loi du 7 fructidor an II créa dans la Convention 16 comités généraux. Mais la Convention comprit elle-même le grave danger des comités permanents, et elle inscrivit dans la const. de l'an III l'art. 67 qui formulait aussi nettement que possible la règle des commissions spéciales et temporaires, règle qui a subsisté, sauf quelques interruptions, dans notre droit parlementaire jusqu'à la résolution précitée de la chambre du 17 novembre 1902.

Sous le consulat et l'empire l'organisation du pouvoir législatif rendait complètement inutile la nomination de commissions; le projet de loi était complètement préparé par le conseil d'Etat; le rôle du tribunat, d'abord assez actif, devint très réduit après le sénatusconsulte du 28 floréal de l'an XII, jusqu'à sa suppression par le sénatusconsulte du 19 août 1807. L'Assemblée nationale de 1848, assemblée constituante, réunissant tous les pouvoirs, revint

au système des comités permanents; elle se divisa en 15 comités permanents comprenant chacun 60 représentants.

Actuellement le sénat est resté fidèle au système des commissions temporaires et spéciales. Il ne fait exception que pour la commission des finances depuis 1888.

Le 10 juillet 1888 le sénat a voté la résolution suivante qui forme les art. 20 et 21 de son règlement : « Une commission de 18 membres est chargée de l'examen de la loi des recettes et des dépenses. Cette commission, nommée par les bureaux après la distribution de l'exposé des motifs du budget de chaque exercice, demeure en fonctions jusqu'à la nomination de la commission suivante. Sont renvoyés à cette commission, à moins de renvoi à une commission spéciale : 1° tout projet de loi portant demande de crédits supplémentaires ou extraordinaires afférents aux exercices clos ou périmés; 2° tout projet de loi ou proposition qui peut avoir pour effet de modifier la situation du trésor ». Rapp. art. 22. Cette commission est ainsi annuelle et générale puisqu'elle reçoit tous les projets d'ordre financier qui sont présentés au sénat dans le courant de l'année.

Le sénat nomme en outre quatre commissions mensuelles et qui en un sens sont des commissions générales : 1° une commission d'initiative pour étudier les propositions au point de vue de la prise en considération (cf. *supra*. § 124); 2° une commission chargée de l'examen des projets de loi d'intérêt local; 3° une commission chargée de l'examen des pétitions; 4° une commission chargée de l'examen des demandes de congé (Règl. art. 17).

Jusqu'en 1902, la chambre des députés suivait un système identique. Mais depuis longtemps ce système des commissions spéciales et temporaires était très critiqué. On reprochait à ces commissions leur inaction et leur lenteur; on disait que des propositions ou projets absolument connexes étaient confiés à l'examen de commissions différentes, d'où un défaut de coordination dans le travail, un véritable gaspillage de temps et d'efforts.

MM. Siegfried et Bourgeois écrivaient déjà en 1889 : « Ces multiples commissions spéciales nommées au hasard de la composition des bureaux, n'ayant aucune tradition, ne pouvant se livrer à aucune étude suivie dans un ordre d'idées déterminées et dont les membres seront à bref délai disséminés dans d'autres commissions, ayant un objet absolument différent, présentent l'image d'un mécanisme très compliqué dont les rouages et les divers organes s'enchevêtrent les uns les autres et qui, pour une grande dépense de forces et de mouvements, ne donnent que des résultats

insuffisants » (*Exposé des motifs* d'une proposition, 19 novembre 1889). Depuis 1889 de nombreuses propositions ont été faites à la chambre tendant à modifier le règlement et à créer de grandes commissions permanentes. En 1894, MM. H. Maret et G. Graux demandaient qu'au début de chaque session ordinaire la chambre se partageât en dix commissions correspondant aux divers ministères et comprenant chacune 50 à 60 députés. En 1898 (le 29 novembre), sur le rapport de M. Graux, la chambre créait un certain nombre de commissions permanentes.

Le 17 novembre 1902, par une résolution qui est devenue l'art. 11 *bis* de son règlement, la chambre a décidé la création de seize grandes commissions *permanentes*. Elles doivent être nommées au début de chaque législature; leur création n'empêche pas la chambre de décider la constitution, si elle le juge à propos, d'autres commissions spéciales ou permanentes. Les commissions se composent chacune de trente-trois membres. Elles sont nommées par les bureaux. Chaque bureau nomme trois commissaires (Règl. chambre, art. 11 *bis*, 11 *ter*, 11 *quater*). Chaque commission permanente doit déposer, au début de chaque session, sur le bureau de la chambre, un résumé sommaire de l'état de ses travaux qui doit être inséré au *Journal off.* (Règl. chambre, art. 25, § 4, voté le 16 juin 1903).

Les seize grandes commissions permanentes ont reçu les dénominations suivantes : 1° Douanes; 2° Travail; 3° Assurance et prévoyance sociales; 4° Agriculture; 5° Travaux publics, chemins de fer et voies de communication; 6° Réforme judiciaire, législation civile et commerciale; 7° Armée; 8° Marine; 9° Affaires extérieures; 10° Enseignement et beaux arts; 11° Administration générale, départementale et communale et cultes; 12° Commerce et industrie; 13° Législation fiscale; 14° Hygiène publique; 15° Postes et télégraphes; 16° Commission des économies. Ces commissions, constituées au début de chaque législature, restent en fonctions pendant toute la législature. Elles sont véritablement des commissions permanentes; à elles sont renvoyés tous les projets, toutes les propositions portant sur des matières rentrant dans leur objet. Voilà pourquoi le système du renvoi à la commission d'initiative est à peu près tombé en désuétude (Cf. § 124).

En 1902, le point le plus discuté fut le mode de recrutement de ces commissions. Certains députés demandaient qu'elles fussent nommées au scrutin de liste par la chambre entière. Finalement il fut décidé que chacune de ces grandes commissions se composerait

de trente-trois députés et serait nommée dans les bureaux suivant le système habituel. On a vu plus haut, que dans sa séance du 26 juin 1906, la chambre a maintenu ce mode de nomination des grandes commissions.

Cons. sur les grandes commissions le rapport de M. Breton, *J. off.*, 1902, *doc. parl.*, chambre, p. 271; discussion à la séance de la chambre, le 17 novembre 1902; Moreau, *Revue du droit public*, 1899, I, p. 477 et suiv.; Delpech, *Revue du droit public*, 1904, p. 304, surtout note 4; Pierre, *loc. cit.*, *Supplément*, 1906, p. 373 et suiv.

Quant à la commission du budget elle est restée ce qu'elle était, une commission annuelle générale. Elle est nommée chaque année après le dépôt du budget par le gouvernement. Elle se compose de trente-trois membres. Chaque bureau nomme trois membres, suivant une procédure déjà expliquée (art. 12, § 3). Elle ne peut délibérer que si dix-sept membres sont présents; mais à la séance suivante le vote est valable à la majorité relative quel que soit le nombre des votants. Sont renvoyés à l'examen de la commission du budget : 1° Tous les projets de loi portant demande de crédits supplémentaires ou extraordinaires, afférents aux exercices courants, clos ou périmés; 2° Tous projets de loi ou propositions qui peuvent avoir pour objet de modifier les recettes ou les dépenses de l'Etat (Règl. chambre, art. 22-24).

Comme au sénat, il y a à la chambre quatre commissions mensuelles : 1° Une commission d'initiative de vingt-deux membres; 2° Une commission de onze membres chargée de l'examen des projets de loi d'intérêt local; 3° Une commission de onze membres chargée de l'examen des pétitions; 4° Une commission de onze membres chargée de donner son avis sur toutes les demandes de congé (Règl., art. 20). On a déjà dit que depuis la création des grandes commissions le rôle de la commission d'initiative était réduit à rien. Les affaires envoyées aux commissions des lois d'intérêt local et des pétitions pourraient être utilement réparties, suivant leur nature, entre les grandes commissions. L'examen des demandes de congés appartient tout naturellement au bureau. Aussi est-il question de supprimer les commissions mensuelles. Cf. en ce sens une proposition de M. Breton, 11 février 1903, *J. off.*, *doc. parl.*, chambre, sess. ord., p. 205; proposition de MM. Gervaize et Loqué, tendant à la suppression de la commission des pétitions (*J. off.*, 1903, *doc. parl.*, chambre, sess. extr., p. 157 et rapport

favorable de M. Breton, 14 mars 1904, *J. off., doc. parl.*, chambre, sess. ord., p. 555).

Au sénat et à la chambre les bureaux, au début de chaque session ordinaire, nomment une commission annuelle dite de comptabilité chargée de la comptabilité des fonds alloués pour les dépenses de chaque chambre.

Constitution des commissions. — Toute commission nommée doit se constituer. Au sénat et à la chambre elle est convoquée à sa première réunion par le président de la chambre, qui doit le faire le plus tôt possible. La commission, à sa première réunion, nomme un président et un secrétaire. Elle doit aussi nommer un rapporteur; mais elle est juge du moment où elle doit le nommer. En principe, elle ne peut délibérer que si la majorité des membres sont présents (Règl. sénat, art. 23; chambre, art. 25). Au cas de vacances survenues dans une commission, il est pourvu au remplacement par le bureau auquel appartenait le commissaire défaillant.

La commission a une entière latitude pour ses travaux : elle peut faire des enquêtes, demander des explications aux administrations, aux bureaux des ministères, appeler les ministres à s'expliquer devant elle. Elle ne peut pas seulement faire des actes qui auraient le caractère juridictionnel, ni prendre des décisions qui auraient le caractère d'actes administratifs exécutoires.

Le travail de la commission doit aboutir essentiellement à un projet de loi ou de résolution. Ce projet est accompagné d'un rapport fait par un membre de la commission qui est déposé sur le bureau de la chambre et dont il est donné lecture si la chambre le demande. Ce projet et ce rapport vont servir de base à la discussion en séance publique, où va se dérouler la troisième phase de la procédure parlementaire.

Jusqu'en 1903, tous les travaux des commissions devenaient caducs avec la fin de la législature pendant laquelle elles avaient été nommées. Sans doute les commissions de la nouvelle législature pouvaient utiliser en fait les travaux des commissions antérieures : mais les rapports, faits sur des projets ou propositions qui n'avaient

point été votés par la chambre, ne pouvaient pas être repris par les commissions de la législature nouvelle. Il y avait là évidemment une règle qui présentait de gros inconvénients. C'est pour les faire disparaître que, dans sa séance du 16 juin 1903, la chambre a voté la résolution suivante, qui est venue compléter l'art. 18 du règlement et qui est, comme l'a fait observer le rapporteur M. Breton, le complément nécessaire de l'institution des grandes commissions : « Après le renouvellement intégral de la chambre, les rapports sur le fond déposés par les commissions des anciennes législatures peuvent être repris et renvoyés aux commissions nouvelles, soit sur l'initiative des commissions elles-mêmes, soit sur l'initiative de vingt membres... Toute commission saisie d'un rapport émanant de la précédente législature peut décider qu'elle en accepte les conclusions sans amendement ; elle charge alors un de ses membres d'en soutenir la discussion devant la chambre. Si la commission estime qu'il y a lieu de modifier un ou plusieurs articles, elle soumet à la chambre un rapport se limitant aux articles amendés ». Cf. le rapport de M. Breton, *J. off., doc. parl.*, chambre 1902, sess. extraord., p. 55. Au début de la législature de 1906, de nombreuses applications ont été faites de cette disposition et de nombreux rapports de la législature antérieure ont été repris.

Le même jour, 16 juin 1903, la chambre votait une résolution abrogeant le 2e § de l'art. 18 de son règlement et une résolution portant que tout projet ou proposition de loi renvoyé à une commission doit être rapporté dans le délai maximum de six mois du jour du renvoi à la commission, faute de quoi son auteur a le droit de demander directement sa mise à l'ordre du jour.

Sauf de très rares exceptions, la chambre des communes, en Angleterre, ne nomme pas de commissions. L'examen détaillé des bills a lieu en séance de *comité*, à laquelle tous les membres de la chambre ont le droit d'assister. Mais, en fait, le nombre des députés qui y assistent est très peu élevé, aucun *quorum* n'est exigé ; les séances de comité ne sont pas publiques ; elles sont présidées par le *Chairman* et non par le *Speaker*.

Cependant, en 1882, il a été créé à la chambre des communes deux commissions permanentes (*standing committies*) chargées de s'occuper, l'une des bills relatifs au droit (Law), aux cours de justice et à la procédure légale, l'autre des bills relatifs au commerce, à la navigation et aux manufactures, toutes les fois que des bills de ce genre leur seraient soumis par ordre de la chambre. Ces commissions permanentes comprennent au moins 60 et au plus 80 membres. Cf. Anson, *Loi et pratique constitutionnelles*, édit. franç., 1903, I, p. 307.

126. Les séances des chambres. — Conformément au principe précédemment indiqué, suivant lequel chaque chambre prend elle-même les mesures

nécessaires pour assurer son fonctionnement, chaque chambre fixe le lieu, la date et l'ordre du jour de ses séances. Mais il est une règle qui s'impose aux chambres parce qu'elle a le caractère constitutionnel, c'est celle de la publicité des séances.

Publicité des séances. — Le principe en est formulé à l'art. 5 § 1 de la loi const. du 16 juillet 1875 : « Les séances du sénat et celles de la chambre des députés sont publiques ». Cette règle est la conséquence même du principe représentatif et la condition indispensable pour le fonctionnement normal du système. Les chambres délibèrent au nom et pour le compte de la nation ; il faut donc que la nation tout entière connaisse l'objet et l'esprit de ces délibérations, non seulement les décisions prises, mais aussi les raisons qui les ont inspirées.

En France, depuis 1789, sauf quelques exceptions momentanées, ce principe de la publicité des séances des chambres a toujours été reconnu et pratiqué. Dès le 25 juin 1789, l'Assemblée nationale imposait au roi l'acceptation de la règle de la publicité et elle était inscrite à la section II du chapitre III du titre III de la const. de 1791. Les séances de la Législative et de la Convention furent publiques, et souvent la Convention vota sous la pression des bandes populaires armées entrant dans son enceinte. C'est pour éviter le retour de ces abus que la const. de l'an III (art. 64) décida que les séances des conseils seraient publiques, mais que les assistants ne pourraient excéder en nombre la moitié des membres respectifs de chaque conseil. Sous le Consulat et l'Empire, les séances du sénat n'étaient pas publiques, mais celles du tribunat et du corps législatif l'étaient. La Charte de 1814 n'admit la publicité des séances que pour la chambre des députés, non pour la chambre des pairs (art. 32 et 44). En 1830, les séances des deux chambres deviennent publiques (Charte 1830, art. 27). L'art. 39 de la const. de 1848 formule aussi le principe de la publicité. D'après l'art. 41 de la const. de 1852, les séances du corps législatif étaient publiques ; mais la demande de cinq membres suffisait pour qu'il se formât en comité secret. Les séances du sénat ne deviennent publiques qu'en 1869 (Sénatusconsulte 8 septembre 1869, art. 4 ; rapp. sénatusconsulte const. 21 mai 1870, art. 29 et 36).

En Angleterre, d'après le droit strict, les étrangers sont exclus des deux chambres pendant la durée des séances. En fait, le public est admis aux tribunes de la chambre des communes depuis 1845. Mais il suffirait de la réclamation d'un seul membre pour que le *Speaker* dût faire évacuer les tribunes.

Le principe de la publicité des séances des chambres étant aujourd'hui un principe constitutionnel, les règlements des chambres n'ont eu qu'à le réglementer. Ils l'ont fait dans des conditions identiques.

Nul étranger ne peut s'introduire sous aucun prétexte dans l'enceinte où siègent les députés ou les sénateurs. Il n'y a d'exception que pour les ministres ne faisant pas partie de la chambre, les commissaires du gouvernement (L. const. 16 juillet 1875, art. 6, § 2), les employés et huissiers de la chambre. Les membres de l'autre chambre doivent être considérés comme étrangers. En fait, on tolère la présence des députés dans l'hémicycle du sénat (Règl. sénat, art. 110; chambre, art. 136). Pendant tout le cours des séances, les personnes placées dans les tribunes doivent se tenir assises, découvertes et en silence; toute personne donnant une marque d'approbation ou d'improbation doit être sur-le-champ exclue de la salle; tout individu qui trouble l'ordre est traduit sans délai devant l'autorité compétente (Règl. sénat, art. 111-113; chambre, art. 137-139).

En réalité, la publicité proprement dite n'existe pas. Jusqu'en 1893, année de l'attentat de Vaillant, une tribune de 40 places environ était ouverte au public. Depuis, on n'est admis dans les tribunes que sur la présentation d'une carte signée d'un député ou d'un sénateur. La vraie publicité des séances parlementaires est assurée par le compte rendu *in extenso* publié par le *Journal officiel* le lendemain de chaque séance. Le service sténographique de chaque chambre est placé sous la haute direction et le contrôle du président et du bureau. D'autre part, un compte rendu analytique établi par les secrétaires-rédacteurs est mis chaque soir à la disposition des journaux de Paris et des départements. Enfin un compte rendu sommaire est transmis par voie télégraphique, au cours même de la séance, au président de la république, à l'autre chambre et à son président (Règl. chambre, art. 131 et 132; Résolution du bureau, 11 décembre 1879).

Comité secret. — Les séances des chambres sont publiques, mais aux termes de l'art. 5, §§ 2 et 3 de la loi const. du 16 juillet 1875 : « Chaque chambre peut se former en comité secret sur la demande d'un certain nombre de ses membres fixé par le règlement. Elle décide ensuite à la majorité absolue si la séance doit être reprise en public sur le même sujet ». Ce droit pour les chambres de se constituer en comité secret a toujours été reconnu (Const. 1791, tit. III, chap. III, sect. II, art. 2).

Conformément à l'art. 5, § 2 de la loi du 16 juillet 1875, chaque chambre a déterminé dans son règlement la procédure à suivre pour sa formation en comité secret. La demande doit être remise au président. Au sénat, elle doit être signée par cinq membres, à la chambre par vingt membres. Les noms des signataires doivent être insérés au procès-verbal. La décision est prise sans débat, par assis et levés. Si le motif qui donne lieu au comité secret cesse, le président consulte la chambre sur la reprise de la séance publique. Il ne pourrait point, de sa seule autorité, faire cesser le comité secret (Règl. sénat, art. 45; chambre, art. 110).

C'est une question de savoir si une chambre peut, en comité secret, exprimer un vote, ou si elle ne peut que délibérer. Assurément les textes de la constitution et des règlements ne contiennent aucune restriction. Mais cependant il nous semble qu'il y aurait de grands inconvénients à ce qu'une chambre pût prendre des décisions en comité secret.

Les comités secrets sont d'ailleurs très rares. Depuis 1871, on n'en peut citer qu'un seul exemple : le 22 mars 1871, l'Assemblée nationale tint un comité secret pour se concerter avec le pouvoir exécutif relativement à l'insurrection qui venait d'éclater à Paris le 18 mars, et qui devait amener l'établissement de la commune de Paris.

Lieu des séances. — Chaque chambre détermine le lieu de ses séances. Puisque chaque chambre est maitresse de prendre toutes les mesures qu'elle croit nécessaires pour sa sécurité, elle doit pouvoir déterminer librement le lieu de ses séances. Cependant elle ne peut les tenir qu'à Paris; mais dans Paris, elle peut les tenir où elle le juge convenable. La règle est formulée à cet égard, dans des termes très clairs, par l'art. 2 de la loi du 22 juillet 1879 : « Le palais du Luxembourg et le palais Bourbon sont affectés : le premier, au service du sénat ; le second, à celui de la chambre des députés. Néanmoins, chacune des deux chambres demeure maîtresse de désigner, dans la ville de Paris, le palais qu'elle veut occuper ». L'art. 1er de cette loi décide que le siège du pouvoir exécutif et des deux chambres est à Paris. Il ne peut appartenir à une chambre seule de modifier cette règle et de décider qu'elle siègera dans une autre ville que Paris. Mais dans Paris, elle peut siéger où elle veut.

A cela cependant il y a une exception. Lorsque le sénat est cons-

titué en haute cour de justice, conformément à l'art. 9 de la loi du 24 février 1875 et à l'art. 12 de la loi du 16 juillet 1875, il désigne lui-même non seulement le local où il entend tenir ses séances, mais aussi la ville qui peut être autre que Paris. Le législateur a pensé qu'en pareil cas il pourrait être nécessaire pour la sécurité de la haute cour de justice qu'elle tînt ses séances ailleurs qu'à Paris et il lui laisse le soin d'apprécier elle-même ce point.

Le 12 février 1871, l'Assemblée nationale, élue le 8 février en vertu du décret du 29 janvier, se réunit à Bordeaux. Le 10 mars, l'Assemblée décidait d'aller siéger à Versailles, où elle tenait sa première séance le 20 mars. Par la loi du 8 septembre 1871, elle décide que « l'Assemblée nationale, le pouvoir exécutif et les ministres continuent de résider à Versailles ». L'Assemblée nationale montra toujours une défiance extrême à l'égard de Paris, et elle crut que de longtemps le parlement et le gouvernement ne pourraient y être en sûreté. Aussi fit-elle de la fixation du siège des pouvoirs publics à Versailles un article constitutionnel : « Le siège du pouvoir exécutif et des deux chambres est à Versailles » (L. const. 25 février 1875, art. 9).

Lorsqu'en 1879 la présidence de la république eut été confiée à un républicain et qu'une majorité républicaine se fut constituée dans les deux chambres, on refit de Paris la capitale de la France. Par la loi const. du 21 juin 1879, l'art. 9 de la loi du 25 février 1875 fut abrogé ; et fut votée la loi ordinaire du 22 juillet 1879 *relative au siège du pouvoir exécutif et des deux chambres à Paris.*

Il faut noter qu'aux termes de l'art. 3 de la loi du 22 juillet 1879 les divers locaux du palais de Versailles, qui en 1879, au moment du vote de cette loi, étaient occupés par le sénat et par la chambre conservent leur affectation, et que d'autre part lorsque les deux chambres se réunissent en assemblée nationale, soit pour élire le président de la république conformément aux art. 2 et 7 de la loi du 25 février 1875, soit pour procéder à la revision des lois constitutionnelles conformément à l'art. 8 de la même loi, elles doivent se réunir à Versailles dans la salle qui en 1879 était affectée à la chambre des députés : cette disposition a été édictée d'abord pour cette raison de fait qu'il n'y avait pas à Paris de salle suffisamment grande et disposée pour les délibérations d'une assemblée comptant près de 900 membres, comme l'assemblée nationale. D'autre part, le législateur de 1879 a pensé très justement qu'une réunion de l'assemblée nationale était toujours une chose grave, qu'elle ait lieu pour l'élection du président de la république ou pour la revision de la constitution, qu'elle pourrait provoquer dans le pays et surtout à Paris une effervescence, et qu'alors dans la solennelle et pacifique cité de Versailles la sécurité et la tranquillité de l'assemblée nationale seraient facilement assurées.

Date des séances. — Pendant la durée de la session, chaque chambre est absolument libre de déterminer

comme elle l'entend le jour, l'heure et la durée de ses séances. Les sessions des deux chambres sont absolument identiques (L. 16 juillet 1875, art. 1, § 2) ; mais les séances peuvent être fixées à des jours différents pour les deux chambres, qui peuvent ainsi se donner des congés différents. On trouve à cet égard aux règlements des chambres et du sénat une disposition analogue : Avant de prononcer la clôture de la séance, le président consulte la chambre sur le jour, l'heure et les objets de discussion de la prochaine séance (sénat, art. 46 ; chambre, art. 111).

Ordre du jour. — En vertu de ces mêmes textes, les chambres fixent leur ordre du jour, c'est-à-dire les objets sur lesquels portera la discusion d'une séance déterminée. Le président prépare l'ordre du jour ; mais chaque chambre le règle souverainement.

Le droit d'initiative du président en matière d'ordre du jour n'empêche pas d'ailleurs le gouvernement ou les membres de la chambre de demander la mise à l'ordre du jour des projets qu'ils considèrent comme particulièrement importants ou urgents. Souvent des discussions importantes s'élèvent sur la fixation de l'ordre du jour ; et l'on a vu des ministères renversés sur une question d'ordre du jour.

L'ordre du jour est affiché dans l'enceinte du palais législatif et publié au *Journal officiel* (Règl. sénat, art. 46; chambre, art. 111). En outre, un feuilleton distribué aux membres de chaque chambre chaque jour de séance publique ou de réunion des bureaux indique l'ordre du jour, la composition des bureaux, les commissions qui doivent se réunir, le nombre des billets à distribuer pour les tribunes publiques et les membres qui y ont droit.

C'est un principe du droit parlementaire qu'une assemblée est toujours maîtresse de son ordre du jour, qu'elle peut l'interrompre, le modifier, l'intervertir. Mais elle seule peut faire cela. De ce droit exclusif de l'assemblée, il résulte certaines conséquences. Si le président a des explications à donner, des déclarations ou des communications à faire, il doit les donner ou les faire au commencement ou à la fin de la séance. Si un député a des rectifications à faire au procès-verbal, des explications à donner sur un fait personnel, ou des questions à poser à un

ministre, il doit le faire aussi au commencement ou à la fin de la séance. C'est enfin en vertu de la même idée que les demandes d'ordre du jour ont toujours la priorité, ne pouvant cependant se produire tant que l'orateur qui est à la tribune n'a pas achevé son discours (Régl. sénat, art. 59; chambre, art. 91).

C'est du droit souverain de la chambre sur son ordre du jour qu'est né le mécanisme des interpellations. L'interpellation est en droit l'acte par lequel un membre d'une chambre somme le ministère de s'expliquer sur un acte du gouvernement. L'interpellation a pour effet d'interrompre l'ordre du jour. Après discussion, la chambre clôt l'interpellation en décidant qu'elle revient à son ordre du jour. Mais cette décision, elle peut la prendre sans la motiver : on dit alors qu'elle vote l'ordre du jour *pur et simple*. Au contraire elle peut la motiver ; elle vote un ordre du jour *motivé*, soit un ordre du jour de confiance, soit un ordre du jour de défiance ou de blâme (cf. §§ 129 et 145).

Quelque générale que soit la règle d'après laquelle la chambre est maîtresse de son ordre du jour, elle reçoit, en vertu de la constitution même, une exception. A un moment quelconque de la séance, un ministre peut interrompre la discussion et prendre la parole pour faire une communication, une déclaration sur un sujet quelconque. Sans doute cette communication ou déclaration n'ouvre pas une discussion par elle-même ; il faut que la chambre accepte la discussion ; mais elle interrompt la discussion ; et ainsi de fait l'ordre du jour se trouve un moment interrompu par une volonté autre que celle de la chambre. Cette solution est imposée par l'art. 6, § 2, de la loi const. du 16 juillet 1875 : « Les ministres ont leur entrée dans les deux chambres *et doivent être entendus quand ils le demandent* ».

Tenue des séances. — Elles sont consacrées à la discussion, en principe publique, des objets portés à l'ordre du jour des chambres. Elles sont présidées par le président ou un vice-président assisté de quatre secrétaires. Le principe du droit parlementaire, c'est que la discussion doit être absolument libre, que tous les membres de la chambre ont des droits égaux dans la discussion, doivent être également écoutés et peuvent, dans les limites du respect de la constitution, des lois et des convenances, dire tout ce qu'ils croient utile à la défense de l'opinion qu'ils soutiennent. C'est le président qui doit assurer cette liberté

de discussion et cette égalité de tous les membres de la chambre, à quelque parti qu'ils appartiennent. Le président doit faire abstraction de ses préférences politiques et n'avoir d'autre but que d'assurer le calme, la liberté et la loyauté des discussions. Le devoir de haute impartialité que la coutume parlementaire impose au président se traduit particulièrement dans l'usage d'après lequel le président ne prend jamais part au scrutin.

Tous les membres d'une chambre ont le droit de parler. Mais ils ne doivent parler que lorsque le président leur a accordé la parole. Si plusieurs orateurs demandent la parole dans une même discussion, elle leur est accordée suivant leur ordre d'inscription. Les ministres, les commissaires du gouvernement et le rapporteur ne sont pas assujettis à l'ordre d'inscription et obtiennent la parole quand ils la demandent. On doit parler de la tribune, à moins que le président n'autorise à parler de sa place (Règl. sénat, art. 33-36; chambre, art. 101-103; rapp. L. const. 16 juillet 1875, art. 6, § 2).

Les deux lectures. — Pour assurer une discussion plus approfondie, les règlements du sénat et de la chambre exigent qu'il y ait en principe deux délibérations ou lectures (Règl. sénat, art. 65, 70 et 77, § 2; chambre, art. 50).

Cette obligation de soumettre les projets à deux ou plusieurs délibérations a presque toujours été établie dans nos assemblées politiques. La const. de 1791 exigeait trois délibérations (tit. III, chap. III, sect. II, art. 3 et 4); la constitution de 1848 les exigeait aussi (art. 41); et l'assemblée de 1871, qui adopta le règlement de l'Assemblée législative de 1849, pratiqua encore les trois lectures. Dans beaucoup de parlements étrangers, on procède aux trois lectures : chambre des communes anglaise, parlement autrichien, Reichstag de l'empire allemand.

Sous l'empire de la constitution actuelle, avec les deux chambres, la formalité des trois lectures eût été une complication inutile. Dans les deux chambres, le délai réglementaire qui doit exister entre les deux délibérations ne peut être moindre de cinq jours. La seconde délibération ne s'ouvre pas de plein droit; elle n'a lieu que si la chambre a décidé d'y procéder. Dans le cas où l'assemblée a refusé de procéder à une seconde délibération, le projet doit être considéré comme rejeté.

Dans les deux chambres, le règlement a décidé que la nécessité des deux délibérations ne s'appliquait pas au budget des recettes et des dépenses, aux lois des comptes, aux lois portant ouverture de

crédits spéciaux, aux lois d'intérêt local. Pour le vote de ces lois une seule délibération suffit (Règl. sénat, art. 71 ; chambre, art. 60). La jurisprudence parlementaire a étendu cette règle aux lois portant établissement ou modification d'impôt, aux lois autorisant des emprunts.

Déclaration d'urgence. — Toutes les fois qu'il y a déclaration d'urgence, il n'est procédé qu'à une seule délibération (Règl. sénat, art. 65 ; chambre, art. 50). On a vu précédemment l'effet de la déclaration d'urgence au point de vue du vote sur la prise en considération (§ 124). La déclaration d'urgence peut être demandée par le gouvernement, par la commission d'initiative, par la commission chargée de l'étude du projet ou proposition, par un membre quelconque de l'assemblée. L'urgence peut être demandée et prononcée au moment de la présentation du projet ou de la proposition ; cela est très fréquent. Elle peut être prononcée à un moment quelconque de la discussion. L'urgence prononcée peut être retirée. Ce retrait peut être demandé après le dépôt du rapport et avant l'ouverture de la discussion des articles, ou bien après le vote des articles et avant le vote de l'ensemble. Cf. sur tous ces points, Règl. sénat, art. 13, 65, 86-93 ; chambre, art. 69-77 ; cons. Pierre, *loc. cit.*, p. 1023 et suiv., et *Supplément*, 1906, p. 419.

Discussion générale et discussion des articles. — Qu'il n'y ait qu'une lecture ou qu'il y en ait deux, il faut toujours distinguer la discussion générale et la discussion des articles. La discussion générale est la discussion sur l'ensemble du projet, la discussion des principes dont il s'inspire. Souvent c'est la partie la plus importante de la discussion. Aux deux chambres elle ne peut s'ouvrir que vingt-quatre heures au moins après la distribution du rapport. A la chambre on fait exception à cette règle du délai de vingt-quatre heures quand il y a déclaration d'urgence ; au sénat on ne fait point d'exception (Règl. sénat, art. 64 et 68 ; chambre, art. 26).

A la chambre, la discussion générale est immédiatement suivie

d'un vote sur le passage à la discussion des articles. Cela permet à la chambre de rejeter le projet en bloc avant la discussion des articles. Ce vote sur le passage à la discussion des articles est toujours obligatoire quand il n'y a qu'une seule lecture; il est obligatoire à la première quand il y en a deux; à la seconde il n'a pas lieu (Règl. chambre, art. 59 et 72). Au sénat il n'y a consultation sur le passage à la discussion des articles qu'au cas où le projet ne doit être soumis qu'à une seule délibération. Dans le cas où il doit y avoir deux lectures, à la première le sénat passe de droit à la discussion des articles, et s'il veut repousser le projet en bloc il décide qu'il ne sera pas procédé à une seconde délibération (Règl. sénat, art. 65 et 89).

Clôture de la discussion. — Elle doit être naturellement prononcée par le président, quand personne ne demande plus la parole. Si quelqu'un demande encore la parole, la clôture de la discussion ne peut être prononcée que par un vote de la chambre (Règl. sénat, art. 44; chambre, art. 108).

Cependant ce droit de la chambre de prononcer la clôture est soumis à quelques restrictions. La chambre ne peut pas prononcer la clôture avant que la discussion soit véritablement ouverte, avant qu'au moins deux orateurs parlant en sens contraire aient pris la parole. Le fait de prononcer plus tôt la clôture serait une atteinte grave à la liberté de la discussion. Le président ne peut mettre la clôture aux voix quand un ministre ou un commissaire du gouvernement demande la parole, et cela parce que d'après la loi const. du 16 juillet 1875, art. 6, § 2 les ministres et implicitement ceux qui parlent en leur nom doivent avoir la parole toutes les fois qu'ils la demandent. Enfin, comme aux termes des règlements un membre de la chambre a toujours le droit de parler après un orateur du gouvernement, la clôture ne peut être mise aux voix après la discussion d'un orateur du gouvernement, si un membre de la chambre demande la parole (Règl. sénat, art. 37; chambre, art. 103, § 3). Enfin bien que les règlements soient muets à cet égard, il est de jurisprudence que le président ne met pas la clôture aux voix quand le rapporteur demande la parole et quand un orateur occupe encore la tribune.

Les règlements ne s'expliquent pas sur la manière dont la clôture doit être demandée. Il est d'usage que le président ne la mette aux voix que lorsqu'il constate qu'elle est demandée par une portion notable de la chambre. Lorsque la clôture est mise aux voix, la parole peut être accordée à un orateur, et à un seul contre la clôture. On vote sur la clôture par assis et levés; après deux épreuves douteuses, la discussion continue. Lorsque la clôture est prononcée, on ne peut prendre la parole que sur la position de la question, ou pour expliquer son vote en quelques mots. La clôture

ayant été prononcée, la discussion ne peut être réouverte que par un vote exprès de la chambre. Cf. sur tous ces points, Règl. sénat, art. 44; chambre, art. 108.

En vertu du principe de libre discussion, les Anglais ont pendant longtemps admis et pratiqué cette règle qu'une discussion parlementaire ne pouvait pas être déclarée close tant qu'un orateur demandait la parole. En 1881, au moment de la discussion des lois sur l'Irlande, l'obstruction des députés irlandais obligea la chambre des communes à siéger quarante et une heures de suite. D'après une disposition réglementaire votée le 22 novembre 1882, et modifiée le 17 février 1887, la chambre des communes a décidé que la clôture pouvait être prononcée sous des conditions nombreuses et compliquées.

127. Les votes. — La discussion étant achevée, la clôture étant prononcée, il faut procéder au vote.

La question préalable. — La première question qui doit être soumise au vote, c'est la question dite *question préalable,* quand elle est demandée. Comme son nom l'indique, c'est la question de savoir *au préalable* si tel point sera soumis à la discussion et au vote. Aux termes de l'art. 43, § 1 du règlement du sénat et de l'art. 90, § 1 du règlement de la chambre, « la question préalable tendant à faire déclarer qu'il n'y a pas lieu à délibérer peut toujours être proposée ».

Elle peut être proposée soit par le gouvernement, soit par une commission, soit par un membre. Elle peut même être mise d'office aux voix par le président. La question préalable peut être demandée pour un projet du gouvernement aussi bien que pour une proposition de loi ou de résolution, ou pour un amendement, même pour une interpellation. La question préalable peut être demandée en tout état de cause, depuis le dépôt du projet ou de la proposition jusqu'au moment du vote sur le fond. A la chambre cependant pour les propositions soumises à la formalité de la prise en considération, la question préalable ne peut être demandée qu'après le rapport de la commission d'initiative (Règl. chambre, art. 90, § 2). D'après l'art. 43, § 4 du règlement du sénat, le vote sur la question préalable a lieu sans débats. Il n'y a pas de disposition semblable dans le règlement de la chambre; d'où il faut conclure qu'un débat véritable pourrait s'élever sur la question préalable.

Les questions préjudicielles, comme par exemple les questions de priorité, d'ajournement, de renvoi à la commission, de passage à la discussion des articles,

etc... doivent être soumises au vote avant la question principale (Règl. chambre, art. 91).

Vote sur le fond. — Le président donne lecture du texte sur lequel la chambre doit voter. La division est de droit ; cela veut dire que si le texte proposé se compose de différents membres de phrases exprimant des idées distinctes, le président doit soumettre séparément au vote ces différents membres de phrases. Il le doit alors même que la division n'est demandée que par un seul membre. S'il y a eu division, il doit y avoir un vote sur l'ensemble du texte (Règl. sénat, art. 61 ; chambre, art. 93). Lorsque le texte proposé comprend plusieurs articles, on vote par articles ; et il doit toujours y avoir un vote de l'ensemble des articles (Règl. sénat, art. 60 ; chambre, art. 94).

Il arrive très souvent que plusieurs textes sont proposés entre lesquels la chambre doit choisir : il y a par exemple des amendements, le texte proposé par la commission, le texte primitif du projet ou de la proposition. Dans quel ordre ces différents textes doivent-ils être soumis au vote? C'est une règle constante dans toutes les assemblées que l'amendement a toujours la priorité, c'est-à-dire doit être mis aux voix en premier lieu (Règl. sénat, art. 60, § 2 ; chambre, art. 92). S'il y a plusieurs amendements, le président doit mettre aux voix en premier lieu le texte qui s'éloigne le plus du projet de la commission ; s'il a des doutes, il consulte la chambre. Le vote de l'amendement implique souvent le rejet du texte présenté par la commission. S'il n'en est pas ainsi ou si l'amendement a été repoussé, on soumet au vote le texte proposé par la commission. Enfin si ce texte est rejeté, on soumet au vote le texte primitif du projet ou proposition (Règl. sénat, art. 60). Pour le vote des ordres du jour, l'ordre du jour pur et simple a toujours la priorité : s'il y a plusieurs ordres du jour motivés, la chambre doit d'abord voter sur la question de priorité (Règl. sénat, art. 82, § 2 et 84, § 2 ; chambre, art. 42 et 43).

Forme des votes. — Pendant longtemps il y a eu dans nos assemblées législatives trois formes de vote : le vote par assis et levés, le vote au scrutin public, le vote au scrutin secret. Il en était ainsi à l'Assemblée nationale de 1871. Les règlements de la chambre et du sénat votés en 1876 acceptèrent ces trois formes de vote. Mais le scrutin secret avait soulevé de tout temps

d'assez vives critiques : on disait que dans un pays de démocratie, où le gouvernement doit s'appuyer sur l'opinion publique, il importe que les électeurs connaissent toujours le sens dans lequel votent les députés. Bref le scrutin secret a été supprimé à la chambre et au sénat, à la chambre par une résolution du 2 février 1885, qui a abrogé l'art. 86 du règlement, et au sénat par une résolution du 17 janvier 1887, modifiant l'art. 47 du règlement. — On a dit que les raisons qui ont fait supprimer le scrutin secret ne sont point aussi probantes qu'elles le paraissent au premier abord. Elles s'imposeraient assurément, dit-on, si les députés étaient vraiment les mandataires des circonscriptions qui les ont élus. Mais dans le système français de représentation politique, il n'en est point ainsi ; le député ne reçoit point un mandat de sa circonscription ; le député est simplement partie composante du parlement qui représente la nation tout entière. On ne peut point dire que les électeurs ont le droit de connaître le sens du vote de leurs représentants, puisque les députés ne sont point leurs représentants. Le scrutin public serait logique avec le mandat impératif. Mais notre législation le prohibe. Cf. L. 30 novembre 1875, art. 13, et *supra*, §§ 52 et 53. — Toutefois il est impossible de méconnaître qu'en fait il existe des relations entre les électeurs et les élus (cf. § 53), que les élections se font toujours à la suite d'explications échangées dans chaque circonscription entre les candidats et les électeurs. Dès lors on comprend bien que les chambres aient cru devoir supprimer le scrutin secret pour que les électeurs connaissent toujours les tendances, les opinions des députés et puissent, au moment du renouvellement, voter en connaissance de cause. Il est certain cependant que le scrutin secret, l'expérience le prouve, assurerait mieux l'indépendance des députés. Il convient de rappeler que les élections en assemblée générale, dans les bureaux et commissions se font encore au scrutin secret (Règl. sénat, art. 57;

chambre, art. 89; cf. cependant *supra*, p. 843 et prop. Maujan, 26 mai 1906).

Dans les deux chambres, le vote par assis et levés est de droit. C'est la forme habituelle et normale du vote. Malgré cette expression, le vote a lieu en général à mains levées; les secrétaires comptent les votes; et le président en proclame le résultat.

Au sénat le vote a lieu au scrutin public : 1° après deux épreuves douteuses de vote par assis et levés; 2° sur l'ensemble de tout projet de loi portant ouverture de crédit autre que ceux d'intérêt local, 3° lorsque la demande en est faite par écrit et signée par dix sénateurs. Le vote au scrutin public peut être demandé en toute matière, excepté certaines matières énumérées par l'art. 51 du règlement : censure, prise en considération des amendements, fixation des interpellations, etc. (Règl. sénat, art. 47-53).

A la chambre le vote a lieu au scrutin public : 1° après deux épreuves douteuses par assis et levés; 2° sur l'ensemble de tout projet de loi portant ouverture de crédit autre que ceux d'intérêt local; 3° sur l'ensemble de tout projet de loi portant établissement ou modification d'impôt; 4° quand vingt députés le demandent par demande écrite et signée; 5° quand après une épreuve douteuse la demande est faite oralement par un seul membre. Il ne peut être procédé au vote au scrutin public sur la censure d'un député, sur le retrait de parole à un député, sur une question de rappel au règlement (Règl. chambre, art. 78-83). — Les art. 54 et 55 du règlement du sénat et 84 du règlement de la chambre indiquent la manière dont on procède au vote par scrutin public.

Il est de pratique courante que les députés ou sénateurs présents à une séance votent pour ceux qui sont absents. C'est là un usage très regrettable; le vote et la discussion sont alors de véritables comédies. Mais il sera probablement bien difficile de réformer sur ce point les mœurs parlementaires quelque mauvaises qu'elles soient. Par suite de ce vote par procuration, il arrive souvent que plusieurs bulletins se trouvent dans les corbeilles au nom du même député. S'il y a une majorité très forte en un sens, cela n'a pas d'inconvénient, et l'on proclame le résultat du scrutin tel quel. S'il n'y a pas une majorité très forte en un sens, on doit procéder immédiatement à une vérification qui consiste à n'attribuer qu'un bulletin à chaque député, et à annuler le vote du député au nom duquel se trouvent (comme il arrive quelquefois) un bulletin blanc et un bleu. Cette opération s'appelle le *pointage;* elle doit être faite immédiatement par les secrétaires et la séance ne peut être levée que lorsque l'opération est terminée.

Pour éviter l'inconvénient des votes par procuration et des doubles votes, les règlements du sénat et de la chambre permettent le

vote à la tribune et le vote par appel nominal toujours au scrutin public. Au sénat le vote à lieu à la tribune quand le sénat l'ordonne sur la demande de dix membres. Quand le vote à lieu à la tribune, le sénat peut, sur la demande d'un de ses membres, ordonner qu'il soit fait par appel nominal (Règl., art. 55 et 56). A la chambre le scrutin public a lieu de droit à la tribune quand quarante membres présents le demandent par écrit signé (Règl., art. 151, § 1). La chambre décide, quand la demande en est faite, s'il y a lieu de procéder par voie d'appel nominal (art. 88).

Le dépouillement du scrutin est toujours fait par les secrétaires, qui en remettent le résultat écrit au président, lequel le proclame en indiquant le nombre des votants, la majorité absolue, le nombre des voix *pour*, le nombre des voix *contre* et en ajoutant suivant les cas : « La chambre ou le sénat a adopté... La chambre ou le sénat n'a pas adopté » (Règl. sénat, art. 54; chambre, art. 96). Les noms des membres qui ont pris part au scrutin public et le sens de leur vote sont insérés au *Journal officiel* à la suite du compte rendu *in-extenso* de la séance où a eu lieu le vote, et cela par lettre alphabétique (Règl. sénat, art. 53, § 3; chambre, art. 83, § 3).

En principe tout vote proclamé est un vote acquis; et la chambre ne peut point revenir sur son vote. C'est la condition nécessaire pour que les délibérations d'une assemblée soient sérieuses et que ses décisions s'imposent avec autorité. Le vote étant acquis, le résultat ne peut en être modifié par les rectifications très souvent faites par des députés ou sénateurs venant déclarer à la tribune que dans tel scrutin ils ont été portés au *Journal officiel* comme ayant voté dans tel sens, et qu'ils ont en réalité voté en sens contraire. Il est donné acte aux déclarants de ces rectifications; elles sont mentionnées au *Journal officiel;* mais le vote est acquis; elles ne peuvent le modifier. Il y a eu souvent des difficultés sur ce point. Mais aujourd'hui la jurisprudence parlementaire paraît définitivement fixée dans le sens qui vient d'être dit.

Cependant le principe du vote acquis ne va pas jusqu'à l'obligation de maintenir les chiffres proclamés en séance quand une erreur matérielle a été commise, comme une erreur d'addition. Aussi l'*Officiel* rectifie les chiffres des voix proclamées en séance. Si la reconnaissance de cette erreur entraînait un changement dans le résultat du vote, le président devrait aviser la chambre qui statuerait.

Quorum. — Pour qu'un vote soit valable, il faut, quelle que soit d'ailleurs sa forme, que la moitié plus un des membres composant légalement la chambre considérée soient présents. Le sénat se composant du nombre fixe de 300 sénateurs, il faut qu'au moins 151 sénateurs soient présents. Pendant la législature actuelle, le nombre légal des députés étant de 591, le

quorum à la chambre est de 296. Le *quorum* au sénat et à la chambre est exigé pour le vote, mais point pour la délibération.

Le bureau constate le nombre des membres présents. Si le bureau n'est pas unanime, il est procédé par scrutin public à la tribune. Au cas d'impossiblité d'un vote faute de *quorum*, un second tour de scrutin sur le même objet est porté à l'ordre du jour de la séance suivante et à ce second tour le vote est valable quel que soit le nombre des votants (Règl. chambre, art. 95; sénat, art. 58). Très souvent en fait lorsque le *quorum* n'est pas atteint, la séance est levée et un quart d'heure après est ouverte une nouvelle séance où le vote a lieu quel que soit le nombre des membres présents. Assurément cette pratique est contraire à l'esprit des articles précités des règlements.

Obligation du vote. — Tous les membres de la chambre et du sénat sont évidemment obligés de voter. Ils sont des fonctionnaires : il faut qu'ils accomplissent leur fonction, et elle consiste essentiellement dans le fait de voter. Ou sous une autre forme, étant parties composantes du parlement, ils doivent forcément coopérer à l'œuvre du parlement, qui se traduit dans des décisions prises par le moyen des votes. Il peut se faire cependant que la question soit posée de telle sorte que s'abstenir soit encore exprimer une opinion; les députés ou sénateurs peuvent alors certainement s'abstenir et même expliquer à la tribune la raison de leur abstention. Il est de règle que le président ne prend part à aucun vote.

Dans les deux chambres du parlement anglais tous les membres présents sont obligés de voter. En diverses circonstances, des membres qui s'étaient volontairement abstenus ont été appelés à la *table du clerk* et mis en mesure de se prononcer. En 1881, les députés irlandais qui, au moment du vote, étaient restés sur leur siège ont été considérés comme en état de désobéissance aux ordres du *speaker*.

128. Les relations des chambres entre elles. — Les deux chambres participent de la même manière à la confection des lois; et il n'y a de loi que lorsque le même texte a été voté par les deux chambres siégeant séparément. Ce système constitutionnel implique des rapports continuels entre les deux parties du parlement, et ces rapports peuvent donner naissance à de sérieuses difficultés. Cependant ni les Chartes de 1814 et de 1830, ni le sénatusconsulte const. du 21 mai 1870, qui créaient deux chambres dans les mêmes conditions que les lois const. de 1875, ni ces dernières ne

contiennent des dispositions réglant les relations des chambres entre elles. Mais en l'absence de dispositions constitutionnelles ou légales, se sont formées de 1814 à 1848, sous l'action de la jurisprudence parlementaire, une série de règles coutumières, dont beaucoup ont été consacrées par les règlements de nos chambres (sénat, art. 125-131 ; chambre, art. 140-147). La plupart de ces règles eussent mieux trouvé leur place dans la constitution ou du moins dans une loi ordinaire sur les rapports des pouvoirs publics.

Deux idées générales dominent toute cette jurisprudence parlementaire et cette réglementation. C'est d'abord cette idée que les chambres sont égales entre elles, qu'elles ont les mêmes pouvoirs, les mêmes prérogatives, sauf les restrictions expressément établies par la loi, qu'elles doivent avoir la même indépendance à l'égard l'une de l'autre et à l'égard du gouvernement. La seconde idée, qui se rattache d'ailleurs à la première, c'est qu'il existe un véritable devoir de déférence de chacune des deux chambres à l'égard de l'autre. A ces deux idées se rattachent les conséquences suivantes :

1° Ce qui a été dit ou fait dans une chambre ne peut jamais être l'objet d'une interpellation, d'une discussion ou d'un vote dans l'autre chambre.

Cette règle n'est pas formulée expressément dans le règlement des chambres. Mais elle a toujours été reconnue, et elle est aujourd'hui incontestée. Elle a été à plusieurs reprises affirmée très nettement par les présidents du sénat et de la chambre. Au mois de novembre 1877, M. le duc d'Audiffret-Pasquier, à propos d'une interpellation de M. de Kerdrel, déclara que, si par l'interpellation « on entendait apprécier dans une mesure quelconque l'acte de la chambre des députés (enquête ordonnée contre les ministres du 16 mai), le président considérerait comme de son devoir de s'opposer au dépôt d'une telle interpellation ». A la chambre des députés, dans la séance du 19 juillet 1879, le président Gambetta disait : « Le sénat est libre dans sa sphère comme la chambre des députés l'est dans la sienne ».

Il faut dire toutefois qu'on tourne cette règle en déposant à une chambre des interpellations sur l'attitude qu'a eue le gouvernement dans l'autre chambre, ou en invitant dans une chambre le gouver-

nement à soutenir tel projet dans l'autre chambre. Assurément, en la forme, de pareilles interpellations ou propositions sont constitutionnellement correctes, puisqu'elles visent uniquement la conduite du gouvernement. Mais on comprend que dans la discussion la limite sera facilement franchie. Il appartient aux présidents d'arrêter la discussion dès qu'elle tourne en critique ou en approbation des actes de l'autre chambre. La chambre a voté souvent, et même comme conclusion d'un ordre du jour sur interpellation, des résolutions invitant le gouvernement à soutenir devant le sénat une proposition votée par elle (17 novembre 1896, 15 février et 14 novembre 1901). Le sénat a voté des ordres du jour semblables (15 mai 1899, 21 mars 1902).

2° Lorsque les deux chambres sont saisies en même temps de projets ou de propositions de loi portant sur le même objet, si la délibération est commencée à l'une des chambres, l'autre chambre ne met le projet ou la proposition à son ordre du jour que lorsque le vote définitif est intervenu dans la chambre qui, la première, a commencé à délibérer. Cette règle a été introduite par la jurisprudence parlementaire, et elle a été consacrée par les règlements des deux chambres (sénat, art. 125; chambre, art. 140).

3° Lorsqu'une proposition due à l'initiative parlementaire a été votée par une chambre et transmise à l'autre, cette proposition n'est pas, dans cette chambre, soumise à la formalité de la prise en considération. Cette formalité est destinée à arrêter les propositions non sérieuses qui retiendraient inutilement les instants d'une chambre. Or, on ne peut admettre qu'une proposition votée par une chambre ne soit pas une proposition sérieuse. Ces propositions sont, d'après les règlements, soumises à la même procédure que les projets du gouvernement (sénat, art. 127, § 1; chambre, art. 142, § 1).

4° Dans le cas où la chambre saisie la première d'un projet ou d'une proposition a déclaré l'urgence, la chambre saisie en second lieu doit être consultée sur la question d'urgence. Elle n'est point obligée de déclarer l'urgence; mais elle doit voter sur la question de savoir s'il n'y a pas lieu de la déclarer (Règl. sénat, art. 127, § 2; chambre, art. 142, § 2).

Transmission du texte voté par une chambre à l'autre chambre. — Ce point très important est fixé uniquement par les règlements des chambres. Il faut distinguer entre les projets et les propositions.

S'il s'agit d'un projet, le texte voté par la chambre saisie en premier lieu est transmis par le président de cette chambre au ministre qui en a fait la présentation, et c'est ce ministre qui doit le transmettre à l'autre chambre et l'en saisir (Règl. sénat, art. 126, §§ 1 et 2; chambre, art. 141, §§ 2 et 3).

On s'est demandé si le ministre était obligé de faire cette transmission. Deux raisons peuvent être invoquées pour la négative. D'une part, on peut dire que, lorsqu'un projet a été présenté par le gouvernement, celui-ci peut toujours le retirer jusqu'à ce qu'il ait été définitivement voté (cf. § 124); d'autre part, on peut ajouter que la règle est l'indépendance complète du gouvernement dans l'exercice de son droit d'initiative, et que cette indépendance disparaîtrait s'il était obligé de faire cette transmission. Cependant, la solution contraire a prévalu. On admet que le gouvernement doit transmettre à l'autre chambre le texte voté par une chambre, qu'il doit le transmettre tel quel sans pouvoir y faire des modifications, qu'il peut seulement faire des réserves dans l'exposé des motifs. C'est la conséquence du devoir de déférence dont le gouvernement est tenu vis-à-vis des chambres, du droit qu'a la chambre qui a voté un texte que ce texte soit transmis à l'autre chambre et du droit qu'a cette dernière d'être saisie d'un texte voté déjà par une chambre.

Les règlements des chambres ont reconnu et sanctionné indirectement cette obligation de transmission qui s'impose au gouvernement. A l'art. 126, §§ 1 et 2 du règlement du sénat, on lit : « Tout projet de loi voté par le sénat est transmis par le président du sénat au ministre qui en a fait la présentation. Si le gouvernement ne le présente pas à la chambre des députés dans le mois qui suit, un membre du sénat peut reprendre le projet que le président du sénat transmet alors au président de la chambre des députés ». Et à l'art. 141, §§ 2 et 3 du règlement de la chambre : « Tout projet de loi voté par la chambre des députés est transmis par le président de la chambre au ministre qui en a fait la présentation. Au cas où dans le délai d'un mois, ce projet n'aurait pas été présenté au sénat par le ministre compétent, le président de la chambre des députés transmettrait lui-même le projet au président du sénat ». On voit la différence sur ce point entre les deux règlements. A la chambre, au bout d'un mois, le président doit d'office faire la transmission; au sénat, le président ne doit la faire que si le projet est repris par un sénateur.

Ce délai d'un mois, dans lequel le ministre doit transmettre à l'autre chambre un projet voté par l'une des chambres, est réduit à trois jours, quand par une décision spéciale la chambre qui a voté le projet a décidé qu'il serait transmis d'urgence à l'autre chambre (Règl. sénat, art. 126, § 2 ; chambre, art. 141, § 4). Il ne faut point confondre cette déclaration spéciale d'urgence avec la déclaration générale d'urgence. Celle-ci ne produirait point d'effet au point de vue de la transmission du texte à l'autre chambre. Pour que ce délai d'un mois soit réduit à trois jours, il faut qu'il y ait eu décision *spéciale* portant que le texte sera transmis d'urgence à l'autre chambre.

Pour les propositions dues à l'initiative parlementaire, la transmission du texte voté par l'une des chambres se fait directement par le président de l'une au président de l'autre. Le gouvernement doit être avisé de cette transmission (Règl. sénat, art. 126, § 3; chambre, art. 141, § 1).

Désaccord entre les chambres. — Si après cette transmission la chambre saisie en second lieu vote le texte déjà voté par la chambre saisie en premier lieu, l'œuvre du parlement se trouve achevée, le président de la chambre qui a voté en dernier lieu transmet le texte ainsi voté par les deux chambres, par l'intermédiaire du ministre compétent, au président de la république qui fera la promulgation conformément à l'art. 7 de la loi const. du 16 juillet 1875 (cf. § 139). Mais il y a souvent désaccord.

Si le projet voté par l'une des chambres est repoussé en bloc par l'autre, il n'y a rien de fait; la loi est repoussée; et devant ni l'une ni l'autre chambre le projet ou proposition ne peut être repris avant l'expiration du délai de trois mois. Ce délai ne s'impose, bien entendu, qu'à l'initiative parlementaire; le gouvernement conserve intact son droit d'initiative constitutionnel (Règl. sénat, art. 131 et chambre, art. 147).

Mais l'hypothèse la plus fréquente est celle où le texte est voté par les deux chambres dans des termes différents. Il n'y aura loi que lorsque le même texte sera voté par les deux chambres. Il faut donc arriver à une entente. S'il s'agit d'un projet de loi dû à l'initiative du gouvernement, celui-ci peut porter indéfini-

ment le projet de l'une à l'autre chambre, et insister, auprès de chacune pour que, par des concessions réciproques, on arrive à voter un texte identique. Les exemples ne sont pas rares où le gouvernement a transmis, pendant un certain temps, le projet de loi de l'une à l'autre chambre, jusqu'à ce qu'elles soient arrivées à une entente.

Les règlements des chambres (sénat, art. 129 et 130; chambre, art. 144-146) ont établi un système consistant essentiellement dans la réunion d'une conférence interparlementaire, destinée à faciliter l'entente. Voici les règles édictées par le règlement de la chambre; celles du règlement sénatorial sont identiques. Lorsqu'un projet de loi, voté par la chambre des députés (le texte voté par une chambre est projet de loi alors même qu'il soit dû à l'initiative parlementaire), a été modifié par le sénat, la chambre peut décider, sur la proposition de l'un de ses membres, qu'une commission sera chargée de se réunir avec une commission du sénat à l'effet de s'entendre sur un texte commun; la chambre peut donner ce pouvoir à la commission qui a fait le rapport sur le projet, ou à une nouvelle commission élue dans les bureaux. Si les deux commissions s'entendent sur un texte, la commission nommée par la chambre des députés fait un rapport à la chambre et celle-ci délibère. Elle est, d'ailleurs, absolument libre de prendre la décision que bon lui semble. La chambre peut adopter le texte proposé par la commission interparlementaire. Ce texte est alors renvoyé au sénat qui fait ce qu'il veut. La chambre peut, au contraire, repousser le texte présenté par la commission interparlementaire : alors le projet ne peut être porté à l'ordre du jour de la chambre avant l'expiration du délai de deux mois, excepté par le gouvernement dont l'initiative reste toujours entière. Il en sera de même, si la conférence parlementaire ayant été proposée, la chambre l'a repoussée, ou si les deux commissions n'ont pas pu s'entendre sur un texte commun (Règl. chambre, art. 144-146; sénat, art. 129 et 130).

Fin de législature. — Des difficultés se sont élevées au cas où un texte de loi ayant été voté par la chambre des députés et transmis au sénat, la chambre arrive à l'expiration de ses pouvoirs avant que le sénat ait statué. On se demandait si le sénat ne se trouvait pas dessaisi par l'expiration de la législature. En effet, la chambre se renouvelant intégralement, tous les projets, toutes les propositions dont elle a été saisie et qu'elle n'a pas votés au moment où expirent ses pouvoirs, se trouvent naturellement caducs. Un texte ayant été voté et transmis au sénat, si celui-ci délibère sur ce texte après l'expiration des pouvoirs de la chambre qui l'a voté, le texte pourra retourner à la chambre nouvelle, et celle-ci aura ainsi à délibérer sur un projet ou proposition présenté à la chambre

qui l'a précédée, ce qui semble peu correct au point de vue constitutionnel.

Pendant longtemps le sénat se considérait comme saisi légalement des projets du gouvernement votés par une chambre arrivée à l'expiration de ses pouvoirs, alors même que ces projets lui eussent été transmis après l'expiration des pouvoirs de la chambre; il les retenait parce qu'il en était saisi non par le vote de la chambre disparue, mais par le gouvernement. Au contraire il ne retenait pas les propositions dues à l'initiative parlementaire après l'expiration des pouvoirs de la chambre qui les avait votées. Cette jurisprudence provoqua des réclamations de la chambre, auxquelles le sénat a fini par se rendre. Dans la séance du 10 décembre 1894, il a voté une résolution modifiant le § 1 de l'art. 127 de son règlement, duquel il résulte qu'aujourd'hui, pour les propositions de loi émanées de l'initiative parlementaire, votées par la chambre des députés et transmises par le président de cette chambre au président du sénat, celui-ci en demeure saisi même après le renouvellement intégral de la chambre des députés. Il en serait évidemment de même si la chambre était dissoute.

E. *Attributions des chambres.*

129. Attributions de contrôle. — Dans le système parlementaire que le législateur de 1875 a voulu établir en France, les chambres exercent un contrôle continuel sur les actes du gouvernement. Cf. §§ 61-62. La sanction de ce contrôle consiste dans la responsabilité des ministres, responsabilité politique, pénale et civile qui sera étudiée aux §§ 144 et 146. On doit étudier ici seulement les moyens qui appartiennent aux chambres pour exercer ce contrôle.

Les droits des chambres sont absolument égaux. Ce n'est pas à vrai dire le parlement, c'est chacune des chambres qui exerce ce contrôle. On verra (§ 145) que la question est encore discutée de savoir si la sanction de ce contrôle est la même devant le sénat et devant la chambre, et notamment de savoir si un ministère est obligé de se retirer après un vote de défiance émané du sénat. Mais tout le monde reconnaît que les moyens par lesquels ce contrôle est mis en œuvre sont exactement les mêmes devant les deux chambres.

Les deux moyens les plus efficaces qui appartiennent aux chambres pour exercer leur droit de contrôle sur le gouvernement sont assurément la discussion et le vote annuel du budget, et d'autre part la discussion et le vote des comptes des ministres. Par là, en effet, les chambres peuvent examiner toutes les parties du vaste organisme qui constitue l'administration d'un grand pays comme la France et contrôler l'emploi des crédits ouverts par elles. Cf. § 131.

Communication de pièces. — Le gouvernement a toujours le droit de faire aux chambres les communications qu'il juge utiles. Mais chaque chambre peut toujours inviter le gouvernement à lui communiquer toutes les pièces et documents concernant une affaire déterminée, diplomatique ou autre. Le gouvernement fait ou refuse cette communication sous la sanction de sa responsabilité.

Ce droit des chambres d'exiger du gouvernement toute communication a été autrefois contesté, au commencement du règne de Louis-Philippe. On peut dire que la règle parlementaire a été fixée à cet égard par le président Dupin à la séance du 12 février 1833 : « La chambre, lorsqu'il y aura lieu à exercer son droit, pourra demander, suivant les circonstances, que telles communications soient faites sur le bureau de la chambre ou que telles pièces soient soumises à la commission ».

Beaucoup de lois et particulièrement des lois des finances ont obligé le gouvernement à communiquer chaque année aux chambres certains documents, qui le plus souvent touchent à l'administration financière ; et chaque année à la loi des finances est annexé un tableau contenant la nomenclature complète des renseignements que les différents ministères doivent fournir aux chambres (V. L. finances 17 avril 1906, tableau L).

La loi des finances du 17 avril 1906 a donné au parlement un droit de contrôle spécial sur l'administration de la guerre et de la marine et déterminé le moyen par lequel il peut s'exercer. L'art. 63 est ainsi conçu : « Chaque année les commissions des finances de la chambre et du sénat pourront déléguer chacune deux de leurs membres pour vérifier, sur pièces et sur place, l'état du matériel et des approvisionnements de la guerre et de la marine. Les administrations intéressées devront communiquer à ces délégués tous les documents de nature à les éclairer dans l'exécution de leur mission ».

Les questions. — La question est l'acte par lequel

un membre d'une chambre demande à un ministre des explications sur un point déterminé.

Le procédé des questions nous vient du parlement anglais où il est très usité. Les questions aux ministres y sont formulées par écrit et le nombre n'en est pas moindre de 1.400 à 1.500 par session.

En France, le droit de question a été établi par la coutume parlementaire; et il est consacré par les règlements des chambres (sénat, art. 80; chambre, art. 47 et 48). D'après l'art. 80 du règlement du sénat, pour qu'une question puisse être posée à un ministre, il faut que celui-ci l'accepte. Le règlement de la chambre ne parle pas de cette condition; il est dit seulement qu'avis de la question est donné au ministre compétent. Mais suivant une coutume constante le président ne donne la parole à un député pour poser une question à un ministre que lorsque celui-ci l'accepte. Si le ministre refuse de répondre, il reste au député ou sénateur le moyen plus énergique de l'interpellation.

La question n'interrompt pas l'ordre du jour. D'où il résulte qu'elle ne peut être posée qu'au début ou à la fin d'une séance (Règl. chambre, art. 47). Il en résulte aussi qu'un véritable débat ne peut pas s'établir à l'occasion d'une question. Le ministre questionné répond à la question, et seul l'auteur de la question peut parler après lui et encore sommairement (Règl. sénat, art. 80; chambre, art. 49). Enfin l'ordre du jour n'étant pas interrompu, il ne peut pas y avoir vote d'un ordre du jour. La question reste donc dépourvue de sanction. Malgré cela, une question opportunément posée peut constituer un moyen de contrôle très effectif. D'autre part, une question peut toujours être transformée en interpellation, sur la demande de l'auteur de la question ou d'un autre membre. Il faut, bien entendu, que la chambre vote cette transformation.

Il est admis qu'au cours de la discussion du budget des questions peuvent être adressées aux ministres, à propos de chaque chapitre du budget, sans qu'il soit nécessaire de choisir le commencement ou la fin de la séance et que ces questions peuvent provoquer une véritable discussion. Mais il n'y a pas là des *questions* au sens rigoureux du mot; il y a vraiment discussion d'un chapitre du budget, discussion qui permet aux chambres d'exercer leur droit de contrôle. Ce procédé s'est beaucoup étendu ces dernières années

et surtout au moment de la discussion du budget de 1906, qui, de ce fait, a été extrêmement longue, et cela s'explique par l'annihilation à peu près complète du droit d'interpellation. Cf. *infra*.

Les interpellations. — L'interpellation est l'acte par lequel un membre d'une chambre met en demeure un ministre de s'expliquer soit sur la politique générale du gouvernement (elle est alors adressée au président du conseil), soit sur un point déterminé. C'est un moyen très énergique qui appartient aux chambres d'exercer leur droit de contrôle permanent sur le gouvernement.

L'origine du droit d'interpellation se trouve dans l'art. 10 de la section IV du chapitre III du titre III de la const. de 1791 : « Les ministres du roi auront entrée dans l'assemblée nationale législative... Ils seront entendus... lorsqu'ils seront requis de donner des explications ». Dans la const. de l'an III, les ministres n'avaient point entrée aux conseils législatifs. Il ne peut être question du droit d'interpellation sous le Consulat et sous l'Empire. Il n'apparaît même pas sous la Restauration, où les ministres ont leur entrée dans les deux chambres. Le droit de contrôle des chambres s'exerce surtout par le vote de l'adresse et le vote du budget. Cf. Tchernoff, *Le gouvernement parlementaire et la Restauration*, 1903; Barthélemy, *L'introduction du régime parlementaire en France*, 1904; Bonnefon, *Le régime parlementaire sous la Restauration*, 1905.

Il n'apparait que sous le Gouvernement de juillet, où il n'est point encore réglementé par les règlements des chambres. On cite comme la première interpellation celle adressée par M. Mauguin au mois de janvier 1831 sur les relations extérieures. Les membres de l'Assemblée nationale de 1848 usèrent largement du droit d'interpellation. Mais il fut réglementé seulement par l'Assemblée législative de 1849. Le droit d'interpellation, supprimé en 1852, fut rétabli par le sénatus consulte du 8 septembre 1869, art. 7. Le corps législatif adopta une procédure analogue à celle de 1849. La loi du 13 mars 1873 consacra expressément le droit en décidant que les interpellations ne pouvaient être adressées qu'aux ministres et non au président de la république (art. 4, § 1).

Aucun texte de nos lois const. de 1875 ne consacre expressément le droit d'interpellation. Mais on peut dire que l'art. 4, § 1 de la loi du 13 mars 1873 est toujours en vigueur. Et d'autre part, s'il est une règle coutumière incontestable du droit parlementaire, c'est celle qui consacre le droit d'interpellation. Il faut ajouter qu'il est la conséquence logique de la respon-

sabilité ministérielle, parce qu'il est le moyen par excellence de la mettre en œuvre.

L'interpellation peut porter sur tout objet parce que ce droit de contrôle des chambres s'exerce sur tous les actes du gouvernement. Mais, évidemment, elle ne peut pas être faite dans un but contraire à la constitution. C'est ainsi, par exemple, que ne serait pas recevable une demande d'interpellation tendant à discuter l'attitude personnelle du président de la république, le président de la république étant politiquement irresponsable. Il est vrai qu'il est parfois difficile en fait de savoir si l'interpellation vise les actes personnels du président de la république ou les actes du gouvernement. C'est un point que le président de la chambre et la chambre auront à apprécier. Les choses se passeront comme pour l'inconstitutionnalité des propositions de loi.

Il est de jurisprudence qu'est recevable l'interpellation sur la nomination d'un ministre, parce que la nomination d'un ministre est un acte du gouvernement, et par conséquent l'interpellation s'adresse non point au président de la république mais au gouvernement. Au contraire ne serait point recevable l'interpellation sur la nomination du président du conseil d'un nouveau ministère, parce qu'alors elle viserait directement un acte du président de la république, qui a choisi lui-même personnellement le président du conseil, dont la nomination est contresignée par le président du conseil du précédent ministère, démissionnaire et échappant comme tel à la responsabilité politique.

En fait s'est posée la question de savoir si des interpellations pouvaient être adressées à l'occasion des actes de l'autorité judiciaire. Sur ce point la règle me paraît être la suivante. Des interpellations ne peuvent certainement pas être adressées à l'occasion d'une décision juridictionnelle d'un tribunal quelconque, décision qui s'impose à tous, au parlement et au gouvernement. Mais des interpellations peuvent être adressées sur l'administration de la justice en tant qu'elle relève du gouvernement, par exemple sur la mise en mouvement d'une action publique par le procureur général agissant sur l'ordre du gouvernement, sur les retards apportés à l'ouverture ou à la conduite d'une instruction judiciaire. Il y a encore ici une limite très délicate à observer; on ne peut qu'indiquer le principe de la distinction. Cf. la déclaration de M. le président Brisson dans la séance du 5 décembre 1896.

Les interpellations de collègues à collègues sont interdites (Règl.

sénat, art. 81, § 2; chambre, art. 39, § 3). On en conclut qu'on ne peut point interpeller un ministre sur un acte de sa vie privée. Cependant la chambre a accepté la discussion quand le ministre lui-même réclamait le débat (chambre des députés, 16 mars 1889).

Tout député adresse son interpellation par écrit au président de la chambre. Il est d'usage de prévenir le ministre intéressé; mais ce n'est pas une obligation réglementaire. La demande explique sommairement l'objet de l'interpellation. Le président en donne lecture à la chambre. La chambre doit fixer le jour du débat sur le fond. Souvent cette fixation a lieu à la suite d'une entente entre le ministre et l'interpellateur. Parfois le ministre demande la discussion immédiate, la chambre l'ordonne alors toujours. Si le ministre et l'interpellateur ne sont pas d'accord, la chambre fixe la date. Le règlement exige que cette fixation ait lieu sans débat, pour qu'il n'y ait pas une discussion anticipée de l'interpellation. Lorsqu'il s'agit d'une interpellation sur la politique étrangère, la chambre peut l'ajourner indéfiniment. Mais les interpellations sur la politique *intérieure ne peuvent être renvoyées à plus d'un mois* (Règl. sénat, art. 81; chambre, art. 39 et 40).

Depuis quelques années, cette dernière règle a été, à la chambre des députés, constamment violée, de telle sorte que le droit d'interpellation s'est trouvé à peu près complètement annihilé. Par sa résolution du 31 mai 1900, la chambre a assigné un seul jour par semaine, le vendredi, à la discussion des interpellations. La chambre élue en mai 1902 a respecté rigoureusement cette règle, et la chambre de 1906 paraît devoir faire de même. La raison donnée en 1900 était d'arrêter le flot envahissant des interpellations et de permettre à la chambre de consacrer plus de temps à la discussion du budget et des lois. Il y avait là évidemment un but louable. Mais cette méthode de travail a permis au ministère Combes (juin 1902-janvier 1905) de réduire à néant le droit d'interpellation. En effet, chaque fois qu'une interpellation gênante lui était adressée, il en demandait le *renvoi à la suite des autres interpellations;* la majorité dite le *bloc*, qui lui était fidèle, votait ce renvoi; comme les interpellations étaient très nombreuses, qu'elles n'étaient discutées que le vendredi, la discussion de ces interpellations ne venait jamais; les droits de la minorité se trouvaient ainsi complètement sacrifiés. La minorité a essayé de reprendre ses droits par des détours. D'une part, elle a largement profité du droit mentionné plus haut de poser au gouvernement toutes questions à l'occasion

du vote de tous les chapitres du budget. D'autre part, beaucoup de députés ont essayé souvent, et y ont parfois réussi, d'adresser une interpellation détournée en demandant à la chambre de voter d'urgence une motion, une résolution qui, sous couleur de formuler une invitation adressée au gouvernement, était un véritable ordre du jour.

Faut-il penser avec M. Moreau que le système des interpellations, condamné par son abus même, est en train de disparaître et que désormais le droit de contrôle des chambres s'exercera à peu près exclusivement par le vote du budget ? Nous ne le croyons pas. Le droit d'interpellation restera en France le moyen d'action par excellence des chambres et l'arme la meilleure des minorités, à la condition qu'elles n'en abusent pas. Cf. Moreau, *Revue du droit public*, 1903, I, p. 105. Il convient d'ailleurs de rappeler que, malgré les restrictions apportées ces temps derniers au droit d'interpellation, la chute du ministère Combes (18 janvier 1905) a été la suite indirecte de l'interpellation de M. Guyot de Villeneuve sur la délation dans l'armée (3 novembre 1904) et que le ministère Rouvier a été renversé à la suite des interpellations sur les inventaires des églises faits en application de la loi de séparation du 9 décembre 1905 (8 mars 1906).

Le ministre n'a pas le droit de s'opposer à la discussion d'une interpellation; mais il a évidemment le droit de ne pas y répondre; sauf à la chambre à apprécier les conséquences qu'elle doit tirer de cette attitude. M. le président Grévy disait, le 31 juillet 1871 : « .....Le gouvernement répond ou ne répond pas selon qu'il croit dans sa conscience devoir le faire ou ne pas le faire ».

L'auteur d'une interpellation a toujours la parole le premier. Cependant comme les ministres ont constitutionnellement la parole toutes les fois qu'ils la demandent (cf. L. const. 16 juillet 1875, art. 6, § 2), si un ministre demande le premier la parole on doit la lui accorder. Mais comme d'autre part on a toujours le droit de répondre à un ministre, l'auteur de l'interpellation et à son défaut un membre de la chambre aurait évidemment le droit de prendre la parole avant que la chambre ne prononce la clôture ou ne vote la question préalable (cf. Pierre, *loc. cit.*, p. 803).

L'interpellation, quand le ministre y répond, donne lieu à une véritable discussion où tous les ministres et tous les membres de la chambre peuvent prendre la parole. Elle se termine par le vote d'un ordre du jour, qui permet à la chambre de faire connaître son opinion. On a expliqué plus haut (§ 126) l'origine de cette expression.

Si l'ordre du jour pur et simple est demandé, il a toujours la priorité. Cela veut dire que la chambre devra d'abord voter sur

l'ordre du jour pur et simple et ne voter sur un ordre du jour motivé que s'il est repoussé; l'ordre du jour pur et simple peut être demandé verbalement (Règl. sénat, art. 82, § 2; chambre, art. 42). L'ordre du jour pur et simple peut d'ailleurs avoir une signification très nette. Par exemple s'il est repoussé par le gouvernement, qui demande le vote d'un ordre du jour de confiance, il implique un blâme à son adresse. Tout ordre du jour motivé doit être rédigé par écrit, et déposé sur le bureau du président. Il doit être lu par le président; l'auteur de l'ordre du jour ne peut pas le lire lui-même. S'il y a plusieurs ordres du jour, on statue sur la question de priorité, et la plupart du temps par son vote sur la priorité la chambre fait préjuger son vote sur le fond. Les art. 83 du règlement du sénat et 44 du règlement de la chambre indiquent, pour le cas de rejet de l'ordre du jour pur et simple, une procédure qui n'est plus guère pratiquée : l'assemblée peut, sur la demande d'un de ses membres, renvoyer l'examen des ordres du jour aux bureaux et statuer sur le rapport d'une commission; au sénat, le renvoi est de droit s'il est demandé par le gouvernement. Deux ordres du jour motivés ne peuvent être votés ni simultanément ni successivement; mais ils peuvent être joints si leurs auteurs y consentent.

En 1898-1899, à plusieurs reprises, des additions furent proposées à des ordres du jour motivés, parfois même après le vote des différentes parties de l'ordre du jour, avant qu'on procédât au vote sur l'ensemble, ou du moins après qu'on avait statué sur la priorité. C'est ainsi, par exemple, que le 14 juin 1898 fut votée une addition à un ordre du jour, qui entraina la chute du ministère Méline. Parfois les présidents ont fait des réserves très nettes sur cette pratique. V. notamment la déclaration de M. le président Brisson dans la séance du 15 janvier 1898. Cette pratique a été très vivement critiquée par M. Esmein (*Notes de jurisprudence parlementaire, Revue politique et parlementaire*, 10 mars 1901, p. 508). M. Esmein s'attache à démontrer qu'on ne peut pas assimiler le vote des ordres du jour motivés au vote des autres résolutions de la chambre et qu'on ne peut admettre que les députés exercent à leur égard le droit d'amendement. M. Moreau approuve ce raisonnement (*Revue du droit public*, 1903, p. 105). M. Esmein, nous semble-t-il, affirme plutôt qu'il ne démontre. Assurément par le vote des ordres du jour motivés la chambre exerce son droit de contrôle sur le gouvernement; il n'empêche que le vote d'un ordre du jour est le vote d'une résolution, et que tout membre de la chambre, à moins qu'un texte ne le lui enlève, a le droit de proposer un amendement, une addition à un texte soumis à la chambre. Ces propositions d'addition à des ordres du jour peuvent présenter des inconvénients; elles ne nous paraissent pas contraires au droit parlementaire. Depuis quelques années, la plupart des ordres du jour proposés à la chambre contiennent cette formule finale : « et repoussant toute addition ».

De même que les chambres ne peuvent discuter des interpellations dont la formule est inconstitutionnelle, de même il est d'évidence qu'elles ne peuvent voter un ordre du jour qui serait contraire à la constitution. C'est naturellement au président qu'il appartient de ne pas mettre aux voix un ordre du jour qui lui paraitrait inconstitutionnel, par exemple un ordre du jour qui blâmerait un acte de l'autre assemblée, ou un acte du président de la république. Ne devrait pas non plus être mis aux voix un ordre du jour critiquant la décision d'une juridiction. Dans la vérité constitutionnelle, un ordre du jour ne peut pas viser soit pour les approuver, soit pour les blâmer les actes d'une autorité administrative ou judiciaire autre que les ministres. Seuls ils sont responsables devant les chambres; ils couvrent leurs subordonnés; les chambres ne connaissent qu'eux; et si elles estiment que telle autorité est blâmable, elles ne peuvent blâmer que les ministres responsables de leurs subordonnés.

Le vote de tel ou tel ordre du jour peut entrainer pour le ministère l'obligation de se retirer (cf. *infra*, § 145). L'ordre du jour motivé est toujours l'indication de la ligne de conduite politique que doit suivre le ministère. Mais cependant le ministère n'est point obligé de faire connaitre aux chambres les suites données par lui aux ordres du jour votés comme conclusion des interpellations. Tout député, tout sénateur a, du reste, le droit de demander aux ministres des explications à cet égard et même d'adresser une nouvelle interpellation.

Les commissions d'enquête parlementaire. — Chaque chambre a le droit de nommer une commission composée de membres pris dans son sein pour faire une enquête sur les actes du gouvernement ou le fonctionnement de tel ou tel service public. Les chambres nomment en fait assez fréquemment aussi des commissions d'enquête pour rechercher si une élection a été faite régulièrement (cf. § 118). Enfin, parfois, les

chambres nomment une commission d'enquête pour étudier, en vue de la législation à faire, une question économique ou financière. Dans ces deux derniers cas, la nomination de la commission d'enquête ne se rattache pas aux pouvoirs de contrôle appartenant aux chambres. Il convenait cependant de les rappeler, parce que ce qui sera dit ici sur les pouvoirs des commissions d'enquêtes parlementaires s'applique quel que soit le but dans lequel elles ont été nommées.

En France, aucun texte ni des lois constitutionnelles, ni des lois ordinaires, ni même des règlements des chambres ne donne aux chambres le droit de nommer des commissions d'enquête, ne détermine leurs pouvoirs. Cependant, ce droit des chambres est incontesté et incontestable et il est fréquemment exercé. Il dérive de cette proposition incontestable que chaque chambre doit avoir le droit de s'éclairer sur tous les points sur lesquels elle est appelée à statuer, et a particulièrement le droit de prendre toutes les mesures pour exercer en parfaite connaissance de cause son pouvoir de contrôle. — Ce n'est cependant qu'à partir de 1830 que la nomination des commissions d'enquête est entrée dans la pratique parlementaire en France. M. Martin (du Nord), dans un rapport présenté le 10 avril 1832, justifiait ainsi le droit des chambres : « Il faut qu'on se pénètre bien de cette vérité que les droits de la chambre ne se bornent pas à étudier les vœux et les besoins de la France, à lui donner des lois ou à fixer ses impôts; il faut qu'on sache aussi qu'un désordre grave ne peut pas signaler un vice dans l'administration sans que la représentation nationale s'en inquiète, porte un regard scrutateur sur les causes du mal et révèle les résultats de ses investigations... » (Cité d'après Pierre, *loc. cit.*, p. 678).

Depuis 1830, les commissions d'enquête nommées par les chambres françaises ont été très nombreuses, sans parler des commissions d'enquête nommées pour l'examen des élections. On citera à titre d'exemple les deux commissions d'enquête nommées pour les affaires du Panama en 1892 et en 1896, et la commission d'enquête nommée en 1904 pour l'affaire Humbert.

En Angleterre, on a toujours reconnu aux chambres le droit de nommer des commissions d'enquête, et la chambre des communes use fréquemment de ce droit. Cet usage, d'après Hallam, remonterait jusqu'en 1689 (*History of England*, III, p. 143). Souvent des commissions d'enquête ont été nommées avec pouvoir d'interroger les témoins sous la foi du serment. Mais le ministère anglais a toujours protesté contre la nomination des commissions d'enquête, qui aurait pour conséquence l'empiètement de la chambre sur les attributions du gouvernement, par exemple à propos de la commission d'enquête nommée le 29 janvier 1855 « sur la condition de

l'armée devant Sébastopol ». Le ministère anglais s'est toujours opposé à ce que ces commissions fassent des actes rentrant dans la compétence des agents de la couronne, et a tenu la main à ce que leur rôle se borne à une sorte d'inspection d'un service public. Cf. Anson, *Loi et pratique constitutionnelles*, édit. franç., 1903, p. 435.

Certaines constitutions ont expressément reconnu le droit d'enquête parlementaire. L'art. 40 de la constitution belge porte que chaque chambre a le droit d'enquête et la loi du 3 mai 1880 que chaque chambre exerce ce droit par elle-même ou par une commission formée dans son sein. D'après l'art. 90 de la constitution des Pays-Bas seule la seconde chambre a le droit d'enquête.

En France l'enquête peut être ordonnée par chacune des deux chambres, et par une simple résolution. C'est logique, puisque l'enquête est avant tout la mise en œuvre du pouvoir de contrôle, et que ce pouvoir appartient à chacune des deux chambres, prise séparément et dans des conditions égales. Rien ne s'opposerait d'ailleurs à ce que l'enquête fût ordonnée par une loi.

Quant à l'objet sur lequel peut porter une enquête, il doit être déterminé d'après la règle suivante: L'enquête ne peut porter que sur le fonctionnement même d'un service public, mais peut porter sur le fonctionnement de tout service public. La commission d'enquête peut faire tous les actes tendant à se rendre compte de la manière dont fonctionnent les services publics; mais elle ne peut faire aucun acte qui soit normalement et légalement de la compétence de fonctionnaires administratifs ou judiciaires. Cette proposition est la conséquence directe de ce que le pouvoir d'enquête dérive du pouvoir de contrôle. Il ne peut avoir plus d'étendue que lui. La chambre surveille le fonctionnement de tous les services publics, sous la sanction de la responsabilité ministérielle ; mais elle ne peut faire ni par elle-même ni par ses commissions des actes rentrant dans la compétence des fonctionnaires attachés à ces services. En s'en tenant rigoureusement à cette proposition, on résout facilement toutes les difficultés qui se sont présentées sur le rôle et les pouvoirs des commissions d'enquête.

On s'est demandé si une chambre pouvait ordonner une enquête sur le fonctionnement d'un service judiciaire, par exemple sur la façon dont avait été ouverte et dirigée une instruction judiciaire. On a invoqué la vieille notion du pouvoir judiciaire et on a dit que c'était impossible parce que par là le pouvoir législatif empiéterait sur le pouvoir judiciaire. La solution est très simple et apparaît très nettement, quand on la rattache à la proposition précédente. Une chambre peut parfaitement nommer une commission d'enquête chargée d'examiner comment fonctionne un service judiciaire qui est un service public. Mais cette commission d'enquête ne pourra faire aucun acte d'ordre judiciaire, adresser aucune injonction aux magistrats, ne pourra toucher aux décisions prises par les magistrats, par exemple aux décisions d'un juge d'instruction. Ainsi la chambre a pu très régulièrement nommer la commission d'enquête sur les affaires de Panama le 21 novembre 1892, bien que déjà une instruction judiciaire fût ouverte ; car elle était chargée de faire des investigations sur des faits de corruption parlementaire et la manière dont fonctionnait le service judiciaire, mais non point de se substituer à l'autorité judiciaire et de faire des actes rentrant dans sa compétence. On en dira autant de l'enquête ordonnnée en 1903 sur l'affaire Humbert. Mais la chambre ne pourrait pas, comme le lui demandait de le faire M. Perrin le 18 décembre 1879, nommer une commission d'enquête avec mandat de rechercher *au point de vue pénal* des infractions commises par des fonctionnaires. La chambre très justement ne vota pas cette proposition et chargea sa commission seulement de faire une enquête sur le régime disciplinaire des établissements pénitentiaires en Nouvelle-Calédonie, ce qui était parfaitement régulier.

C'est aussi en vertu de la même idée générale que doivent être déterminés les pouvoirs de la commission parlementaire. Celle-ci a évidemment le droit d'exiger de la part du gouvernement et de toutes les administrations et même des parquets la communication de toutes les pièces et documents qui lui paraîtraient nécessaires pour mener à bonne fin la mission que lui a confiée la chambre.

Les parquets ont parfois refusé de communiquer à une commission d'enquête les pièces d'une instruction judiciaire invoquant l'art. 38 de la loi du 29 juillet 1881 portant interdiction de publier les pièces d'une procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'elles aient été lues en audience publique. Par exemple, M. Quesnay de Beaurepaire, procureur général à la cour de Paris, refusa de communiquer la procédure de l'affaire de Panama au mois de novembre 1892. Evidemment, l'art. 38 de la loi de 1881 n'est point applicable ici, et finalement le gouvernement (M. Ribot étant prési-

dent du conseil et M. Léon Bourgeois, garde des sceaux) consentit à cette communication (10 décembre 1892). Le 13 novembre 1903. M. le garde des sceaux Vallé invita le procureur général à tenir tous les dossiers de l'affaire Humbert à la disposition de la commission.

Toujours en vertu de la même idée, tous les fonctionnaires administratifs et judiciaires sont tenus de déférer à la citation à eux adressée et de venir déposer devant la commission d'enquête sur les faits se rattachant à leur service. C'est une obligation qui dérive de leur fonction même. Assurément, il n'existe pas contre eux de moyen de coercition directe, et les peines édictées contre les témoins cités en justice et défaillants (C. inst. crim., art. 157 et 354) ne leur sont point applicables. Mais le fonctionnaire quel qu'il soit qui refuse de comparaître devant une commission d'enquête parlementaire ou qui, ayant comparu, refuse d'y déposer, commet certainement une faute disciplinaire, qui pourra être punie conformément aux lois et règlements s'appliquant à sa fonction.

Au contraire les simples particuliers ne sont point tenus de comparaître et de témoigner devant une commission d'enquête parlementaire. Citer un témoin, le contraindre à venir déposer est un acte rentrant dans la compétence de magistrats et de juridictions déterminés par la loi. Une commission d'enquête n'a pas le pouvoir de se substituer à ces magistrats ou juridictions.

Pour la même raison, la commission d'enquête ne peut point faire prêter serment aux témoins qu'elle entend. La prestation de serment est aussi un acte qui ne peut se faire que devant les magistrats et les juridictions déterminés par la loi; le témoin cité qui refuse de prêter serment n'est passible d'aucune peine, et la prestation de serment, si elle a lieu, n'a aucune valeur; le témoin ne pourrait point être poursuivi pour faux témoignage; les art. 330, 345 du C. inst. crim. et 361 et suiv. du Code pénal ne lui seraient point applicables. Pour la même raison encore, le témoin qui dépose devant une commission d'enquête parlementaire ne peut point bénéficier de l'immunité qui couvre les témoignages faits en justice. Cf. dans ce sens un arrêt de la cour de Bordeaux, S., 1878, II, p. 225. La solution de cet arrêt a été très vivement critiquée, à tort

selon nous, par M. Labbé, note sous cet arrêt, Sirey, *loc. cit.* Cf. aussi Laferrière, *Juridiction et contentieux,* 2e édit., 1896, II, p. 23.

Toujours enfin, en vertu de la même idée, une commission d'enquête parlementaire ne peut pas procéder à des perquisitions, faire procéder à des saisies et encore moins décerner des mandats. Ces solutions nous paraissent incontestables.

En Belgique, les art. 4 à 11 de la loi du 3 mai 1880 ont donné aux commissions d'enquête les pouvoirs attribués par le code d'inst. crim. au juge d'instruction. Ces dispositions ont soulevé très justement de vives critiques.

La commission d'enquête doit mener ses travaux aussi rapidement que possible. En droit, aucun délai ne lui est imposé. En fait, la chambre, en la nommant, peut l'inviter à achever ses travaux dans un délai qu'elle fixe. La commission fait un rapport dans lequel elle peut conclure au vote, soit d'un ordre du jour approuvant ou blâmant le ministère, soit d'une motion invitant le gouvernement à prendre telle mesure, à présenter tel projet de loi. La commission peut conclure simplement au renvoi de son rapport au ministre compétent. Enfin la commission d'enquête peut présenter certainement une proposition de loi. La proposition de loi est alors discutée en la forme ordinaire. On admet cependant que la proposition de loi ainsi présentée n'est pas soumise à la formalité de la prise en considération.

Il faut noter que l'ordre du jour voté sur la proposition d'une commission d'enquête, comme l'ordre du jour voté à la suite d'une interpellation, ne peut viser qu'un ministre actuellement en fonction. Il ne peut viser un ancien ministre qui, n'étant plus au pouvoir, ne peut pas être atteint par la responsabilité politique. A l'égard d'un ancien ministre, la chambre ne peut recevoir et ne peut voter qu'une proposition de mise en accusation conformément à l'art. 12 de la loi const. du 16 juillet 1875 ou une motion mettant en jeu la responsabilité civile (cf. §§ 145 et 146). La chambre ne peut pas non plus voter un ordre du jour blâmant tel ou tel fonctionnaire. Seuls les ministres sont responsables devant elle ; ils sont responsables de leurs subordonnés et les couvrent devant la chambre ; et seuls ils peuvent être visés par ses votes. V. *supra,* les *interpellations.* Enfin, pour les mêmes raisons, les motions proposées par une commission d'enquête ne peuvent adresser d'invitation qu'aux ministres.

Cons. sur tous ces points, Pierre, *Droit const. et parlem.*, 2e édit., 1902, p. 678 et suiv. ; Michon, *Etude sur les commissions d'enquête*. 1890 ; Combes de Lestrade, *Revue polit. et parlem.*, mars 1898, p. 610 ; *Etudes sur les pouvoirs des commissions politiques d'enquête en Angleterre, Bull. société législation comparée.* 1893. p. 165. Sur les enquêtes parlementaires en Belgique, cons. Dupriez. *Revue du droit public*, 1906, p. 294 et suiv.

130. Attributions législatives et administratives. — Nous voulons désigner par là tous les actes soit de la fonction législative, soit de la fonction administrative, comprises au *point de vue matériel* (cf. §§ 34-43), faits par les chambres en la forme législative : établissement d'un dispositif identique voté séparément dans chaque chambre et promulgué par le président de la république. Tout acte ainsi fait par les chambres a le même caractère formel, quelle que soit sa nature intrinsèque. Qu'il soit au fond un acte législatif ou un acte administratif, aucun recours contentieux n'est possible contre lui devant une juridiction quelconque.

Cependant il importe de faire la distinction et d'affirmer que lorsque le parlement fait un acte administratif, il est lié comme tout administrateur par la loi, qu'il ne peut violer. Il faut ajouter que les actes administratifs faits en forme de loi, précisément parce que malgré cette forme ils sont des actes administratifs, ne peuvent être interprétés que par les tribunaux administratifs et non par les tribunaux judiciaires, et cela par application du principe de la séparation des autorités judiciaire et administrative (cons. d'Etat, 7 août 1885 ; cf. *supra*, §§ 33-42).

Lorsqu'il y a une loi au sens matériel à faire, faut-il toujours l'intervention du parlement ? Faut-il toujours la forme législative? Evidemment non. Il y a beaucoup de lois au sens matériel qui ne sont pas faites en la forme législative, qui ne résultent pas du vote par les deux chambres d'un texte identique. Ce sont tous les règlements dont on croit avoir démontré (§ 40) que ce sont des lois au sens matériel. Dans quels cas des lois au sens matériel peuvent-elles être faites autrement que par le parlement ? C'est la question si délicate et si complexe du domaine du pouvoir réglementaire. Pour les autorités administratives proprement dites, ce domaine est déterminé d'une manière

restrictive par la loi. Mais il n'en est pas de même pour le président de la république. Celui-ci fait beaucoup de règlements et de très importants; il y a tout un domaine législatif qui échappe au parlement. Se posent ainsi deux questions : 1° Quel est le domaine législatif du parlement, ou, sous une autre forme, quand un acte de sa nature interne législatif doit-il être fait par le parlement ? 2° Quel est le domaine législatif du président de la république? Quelle est l'étendue de son pouvoir réglementaire? Quand un acte de sa nature interne législatif peut-il être fait par le président de la république? Deux questions que l'on formule parfois ainsi : Quel est le domaine respectif des matières législatives et des matières réglementaires ? Elles seront spécialement étudiées aux §§ 140 et 141.

Pour certains actes dont la nature peut être l'objet de discussion à cause de leur complexité même; pour certains actes qui ont certainement la nature d'actes législatifs, mais pour lesquels, à cause de leur importance même, s'est fait sentir le besoin d'établir, d'une manière précise, la compétence exclusive du parlement; pour certains actes enfin qui sont certainement des actes administratifs, mais très importants, la coutume, la constitution, les lois ordinaires ont attribué expressément compétence au parlement.

Ainsi, aucune restriction à la liberté individuelle ne peut, en principe, être établie que par une loi formelle. Ce principe est certain : on a vu et on verra cependant que des exceptions très graves y sont apportées par suite du droit reconnu au chef de l'Etat de faire des règlements de police. Cf. Déclaration des droits, 1789, art. 4.

Aucune peine ne peut être établie que par une loi formelle, puisque forcément la peine consiste en une privation de la liberté ou en une atteinte à la fortune du condamné (Déclaration des droits, 1789, art. 8 et Code pénal, art. 4). Aucun impôt ne peut être établi

ou modifié, aucune dépense ne peut être engagée qu'en vertu d'une loi formelle (v. § 131).

Aux termes de l'art. 3, § 3 de la loi const. du 25 février 1875, les *amnisties* ne peuvent être accordées que par un acte fait en forme de loi. Pour le caractère matériel des actes accordant amnistie, cf. *supra*, § 35.

La *déclaration d'état* de siège, dont les principaux effets ont été indiqués § 76, ne peut être prononcée que par le parlement (L. 3 avril 1878, art. 1, § 2). En cas d'ajournement des chambres, le président de la république peut déclarer l'état de siège de l'avis du conseil des ministres; mais alors les chambres se réunissent de plein droit deux jours après et maintiennent ou lèvent l'état de siège. S'il y a dissentiment entre elles, l'état de siège est levé (L. 3 avril 1878, art. 2 et 5). En cas de dissolution de la chambre des députés et jusqu'à l'accomplissement entier des opérations électorales, l'état de siège ne peut, même provisoirement, être déclaré par le président de la république. Cependant, s'il y avait guerre étrangère, le chef de l'Etat pourrait, de l'avis du conseil des ministres, déclarer l'état de siège dans les territoires menacés par l'ennemi, à la condition de convoquer les collèges électoraux et de réunir les chambres dans le plus bref délai possible. Les chambres devront maintenir ou lever l'état de siège; et encore ici, au cas de dissentiment, l'état de siège est levé (L. 3 avril 1878, art. 3 et 5). Si les communications étaient interrompues avec l'Algérie, le gouverneur pourrait y déclarer l'état de siège, sous les mêmes réserves (L. 3 avril 1878, art. 4). Cette loi, qui réserve en principe au parlement le droit exclusif de déclarer l'état de siège, porte qu'il ne peut être établi qu'en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée (L. 1898, art. 1, § 1). Elle exige, en outre, que l'acte qui l'établit, même quand c'est une loi formelle, désigne les communes, les arrondis-

sements ou départements auxquels il s'applique, et fixe le temps de sa durée. A l'expiration de ce temps l'état de siège cesse de plein droit, à moins qu'une loi nouvelle n'en prolonge les effets (L. 1878, art. 1, § 2). Ces dispositions très restrictives ont été inspirées au législateur de 1878 par le désir d'éviter le retour des abus commis par les gouvernements antérieurs, et notamment par le gouvernement du 16 mai. Cf. § 76.

Il y a certains autres actes pour lesquels le législateur a expressément exigé l'intervention du parlement et qui paraissent bien être des actes de nature matérielle administrative, mais qui présentent une importance exceptionnelle et surtout qui touchent, au moins indirectement, à la propriété des citoyens dont ils peuvent augmenter les charges. C'est en premier lieu la *déclaration d'utilité publique*, acte très important, puisque c'est la condition indispensable d'une expropriation.

Aux termes de la loi du 27 juillet 1870, tous grands travaux publics, routes nationales, canaux, chemins de fer, etc., entrepris par l'Etat ou par un concessionnaire ne peuvent être autorisés que par une loi après une enquête administrative. Les travaux de moindre importance, comme les rectifications et lacunes de routes, les embranchements de moins de 20 kilomètres, peuvent être déclarés d'utilité publique par un décret en la forme de règlement d'administration publique. La déclaration d'utilité publique des chemins de fer d'intérêt local ne peut jamais résulter que d'une loi (L. 11 juin 1880, art. 2, § 5).

Le parlement vote les emprunts d'Etat et les conversions. Il statue sur certaines modifications apportées aux circonscriptions administratives (L. 5 avril 1884, art. 6), sur l'aliénation des forêts de l'Etat et des immeubles domaniaux dont la valeur dépasse un million (L. 22 novembre-1er décembre 1790; L. 1er juin 1864). Avant les lois des 12 juillet 1898 et 7 avril 1902, les conseils généraux et les conseils municipaux ne pouvaient voter certaines contributions extraordinaires et certains emprunts qu'avec l'autorisation donnée par le parlement en forme de loi. Aujourd'hui cette autorisation est donnée par un décret en conseil d'Etat. Mais ni la loi du 10 août 1871 sur les conseils généraux, ni la loi du 5 avril 1884 sur les conseils municipaux, ni les lois qui les modifient ne s'appliquent au département de la Seine et à la ville de Paris. L'autorisation du parlement reste donc nécessaire pour les emprunts

et les contributions extraordinaires intéressant ces deux unités administratives.

131. Attributions financières. — On désigne sous ce nom des attributions qui ont, au point de vue matériel, un caractère complexe et variable, mais qui ont toutes ce caractère commun qu'elles se rapportent au patrimoine financier et qu'elles sont, parmi les attributions des chambres, particulièrement importantes.

C'est surtout le besoin de protéger les contribuables contre les exactions financières des chefs d'Etat qui a donné naissance aux parlements modernes. De bonne heure dans l'ancienne France s'était introduite la règle que les nouveaux impôts ne pouvaient être créés que du consentement des états généraux. Elle avait été très nettement affirmée aux états de Paris de 1355 et 1356; et elle fut constamment invoquée dans toutes les réunions du XVI[e] siècle. On peut même dire qu'elle ne fut véritablement violée qu'au XVII[e] siècle. Mais jamais les états généraux n'obtinrent la périodicité si souvent demandée. Aussi ne purent-ils jamais exercer un véritable contrôle sur les finances royales.

Au XVIII[e] siècle, le parlement de Paris voulut se poser en représentant de la nation, soutenant que les états généraux n'étant plus convoqués, c'était à lui d'exercer un contrôle sur les édits fiscaux. Ce fut la cause de conflits nombreux entre le parlement de Paris et le gouvernement du roi. Corps essentiellement aristocratique, le parlement n'offrait pas de garantie suffisante, et, quand l'opinion publique put se manifester au moment de la rédaction des cahiers pour les élections de 1789, elle demanda unanimement l'établissement et la répartition des impôts et le contrôle des dépenses par une assemblée élue. Dans le cahier du tiers état de Paris on lit : « La nation peut seule concéder les subsides ; elle a le droit d'en déterminer la quotité, d'en limiter la durée, d'en faire la répartition, d'en assigner l'emploi, d'en demander le compte, d'en exiger la publication ». La même demande se retrouve dans tous les cahiers du tiers et dans beaucoup de cahiers de la noblesse et du clergé. Dans son rapport du 27 juillet 1789 à l'Assemblée, « contenant le résumé des cahiers en ce qui concerne la constitution », Clermont-Tonnerre peut indiquer ce point comme un de ceux sur lesquels existe l'unanimité des cahiers. Aussi, dès le 17 juin 1789, l'assemblée nationale portait le décret suivant : « Considérant que les contributions telles qu'elles se perçoivent actuellement n'ayant pas été consenties par la nation sont toutes illégales et par conséquent nulles dans leur création... déclare consentir *provisoirement* pour la nation que les impôts et contributions, quoique illégalement établis et perçus, continuent d'être levés de la même manière jusqu'au jour

de la séparation de la présente assemblée, passé lequel jour, l'assemblée nationale entend et décrète que toute levée d'impôts et contributions de toute nature, qui n'aurait pas été... accordée par l'assemblée, cessera entièrement dans toutes les provinces du royaume ».

Les revendications formulées dans les cahiers allaient être consacrées d'une manière expresse par la Déclaration des droits de 1789 et la constitution de 1791; ces règles sont, depuis cette époque, des principes essentiels de notre droit public.

Les principes de notre droit public actuel sont les suivants : 1° l'impôt ne peut être voté que par la nation ou ses représentants (Décl. des droits de 1789, art. 13 et 14; Const. 1791, tit. III, chap. III, sect. I, art. 1, n° 3) ; 2° l'impôt ne peut être voté que pour un an (Const. 1791, tit. V, art. 1; an III, art. 302; 1848, art. 17); 3° aucunes dépenses publiques ne peuvent être faites sans le consentement des représentants de la nation (Const. 1791, tit. III, chap. III, sect. I, art. 1, n° 2); 4° chaque année avec le concours du gouvernement, les représentants de la nation doivent établir pour l'année qui commence un état des dépenses permises et des recettes autorisées; c'est le budget annuel dont le mot ne se trouve pas dans la constitution de 1791, mais dont le principe est formulé par l'art. 7 de la section IV du chapitre II, et par l'art. 1 de la section I du chapitre III du titre III de la const. de 1791; 5° les représentants de la nation ont le droit de vérifier l'emploi, par les ministres, des deniers de l'Etat et d'exiger que ceux-ci en rendent compte (Const. 1791, tit. III, chap. II, sect. IV, art. 7; chap. III, sect. I, art. 1, n° 4 et tit. V, art. 3); 6° les corps administratifs locaux décentralisés ne peuvent établir des contributions extraordinaires locales que sous le contrôle des représentants de la nation (Const. 1791, tit. V, art. 4).

Ces diverses règles ont été reproduites dans la plupart de nos constitutions. Elles ne l'ont point été dans nos lois const. de 1875, qui, on le sait, ne contiennent aucune disposition de principe. Elles n'en existent pas moins encore aujourd'hui, et avec le caractère constitutionnel, soit qu'on admette que la Déclaration des droits de 1789 est encore aujourd'hui en vigueur et qu'elles y sont expressé-

ment ou implicitement contenues, soit qu'on y voie des règles constitutionnelles coutumières. Le parlement qui voterait un impôt pour plus d'un an, ou le budget des dépenses ou simplement une partie des dépenses pour une durée supérieure à un an, ferait un acte inconstitutionnel. Il ne peut pas y avoir de doute sur ce point.

Plusieurs textes non constitutionnels formulent d'ailleurs expressément le principe du vote et de l'annalité de l'impôt et des dépenses. Les dispositions de l'art. 135 de la loi du 25 mars 1817, qui est reproduite chaque année dans le dernier article de la loi des finances, portent que nul impôt, nulle taxe ne peuvent être perçus que s'ils ont été établis par la loi. A l'art. 9, § 1 de la loi du 15 mars 1852, il est dit : « Aucune dépense ne pourra être ordonnée ni liquidée sans qu'un crédit préalable ait été ouvert par une loi ». Enfin l'art. 1 de la loi du 14 décembre 1879 porte : « Il ne peut être accordé de crédit qu'en vertu d'une loi ».

Le vote d'une loi établissant et réglementant un impôt ne soulève aucune difficulté particulière. Il faut appliquer les règles générales s'appliquant à toutes les lois, sauf bien entendu cette réserve expliquée § 124 que cette loi doit être discutée en premier lieu à la chambre, et que l'initiative n'en peut pas venir du sénat (L. 24 février 1875, art. 8, § 2).

Rien de particulier à dire non plus du vote des lois ouvrant un crédit isolé ou autorisant un emprunt, une conversion d'emprunt, auxquelles s'applique encore la règle de l'initiative et de la priorité réservées à la chambre (cf. § 124). Les lois ouvrant des crédits isolés et les lois d'emprunt sont des lois simplement formelles et non des lois matérielles. Cf. § 34.

Le budget. — On désigne par ce mot un acte très complexe, et qui, depuis quelques années surtout, contient des dispositions de nature et d'ordre très divers. L'art. 5 du décret du 31 mai 1862 sur la comptabilité définit le budget : « l'acte par lequel sont prévues et autorisées les recettes et les dépenses annuelles de l'Etat ou des autres services que les lois assujettissent aux mêmes règles ». Le budget est en principe cela ; mais le budget de l'Etat comprend en fait bien d'autres choses.

Le mot *budget* vient de la langue politique de l'Angleterre, qui ellemême l'avait emprunté au vieux français *boudgette* signifiant petite

bourse. Il prit en Angleterre le sens spécial de bourse du roi, de trésor royal. En France, il figure pour la première fois, comme signifiant l'ensemble des recettes et des dépenses de l'Etat, dans le *Rapport au roi sur la situation des finances au 1er avril 1814 et sur le budget des années 1814 et 1815* (Littré, *Dictionnaire*, v° *Budget*).

Tout budget comprend essentiellement deux parties : l'une où sont énumérés les impôts et revenus autorisés, et l'autre où sont fixés les dépenses que le gouvernement est autorisé à faire, ou, sous une autre forme, les crédits qui lui sont ouverts.

Impôts et revenus autorisés. — Chaque année ils doivent être indiqués d'une façon particulière; s'ils ne l'étaient pas, ils ne pourraient pas être perçus ; cela en vertu du principe déjà indiqué de l'annalité de l'impôt.

Ce principe est d'ailleurs formulé chaque année dans le dernier article de la loi des finances qui est la reproduction de l'art. 135 de la loi des finances du 25 mars 1817 et qui est ainsi conçu : « Toutes contributions directes et indirectes autres que celles qui sont autorisées par la loi des finances de l'exercice de..., à quelque titre ou sous quelque dénomination qu'elles se perçoivent, sont formellement interdites, à peine contre les autorités qui les ordonneraient, contre les employés qui confectionneraient les rôles et tarifs et ceux qui en feraient le recouvrement, d'être poursuivis comme concussionnaires, sans préjudice de l'action en répétition pendant trois années contre tous receveurs, percepteurs ou individus qui en auraient fait la perception ».

Rationnellement c'est la même loi des finances qui devrait fixer le montant des contributions directes, l'évaluation des contributions indirectes et autoriser la perception des unes et des autres. Mais depuis quelques années le parlement a pris l'habitude de voter une loi des finances distincte pour les contributions directes, sous le titre de *loi relative aux contributions directes et aux taxes assimilées.* La loi des contributions directes pour l'exercice de 1907 a été promulguée le 19 juillet 1906 et la loi générale du budget pour le même exercice sera promulguée au plus tôt à la fin de décembre 1906 (cf. *infra*). Cette loi spéciale des contributions directes a été rendue nécessaire par l'habitude qu'a prise le parlement de voter le budget seulement pendant sa session extraordinaire des mois d'octobre, novembre et décembre et même souvent seulement pendant l'année de l'exercice dont s'agit, comme en 1905 et en 1906. Or c'est à leur session du mois d'août que les conseils généraux doivent faire la répartition des contributions de répartition entre les arrondissements de leur département (L. 10 août 1871, art. 37, § 1). C'est à la même session que les conseils généraux votent les centimes extraordinai-

res dans la limite du maximum fixé chaque année par la loi des finances, et déterminent, encore dans la limite du maximum fixé annuellement par la loi des finances, le maximum du nombre des centimes extraordinaires que les conseils municipaux sont autorisés à voter (L. 10 août 1871, art. 40 et 42). La loi générale des finances n'étant point votée avant le 1er lundi qui suit le 15 août, jour où s'ouvre légalement la session d'août des conseils généraux, il a fallu faire une loi spéciale des contributions directes.

Dans son art. 1er, la loi des contributions directes fixe la somme à laquelle est évalué le montant total des contributions directes applicables aux dépenses générales de l'Etat. Pour l'année 1907, cette somme est 509.841.601 fr. (L. 19 juillet 1906, art. 1er). Dans un tableau A, annexé à la loi, est déterminé en détail le montant de chacune des contributions directes dont la perception est autorisée pour l'année suivant les lois existantes. Cette loi fixe aussi le taux de la contribution foncière sur la propriété bâtie. Elle fait la répartition des contributions de répartition entre les départements (art. 3 et tableau B). Elle fixe l'évaluation du montant total des taxes assimilées aux contributions directes et énumère dans un tableau annexé le détail de ces taxes assimilées dont la perception est autorisée pour l'année. Elle fixe aussi le maximum des centimes extraordinaires que les conseils généraux peuvent voter conformément à l'art. 40 de la loi du 10 août 1871, de ceux qu'ils peuvent autoriser les conseils municipaux à voter conformément à l'art. 42 de la loi du 10 août 1871, à la loi du 7 avril 1902, et aussi le maximum des centimes additionnels que les conseils municipaux sont autorisés à voter conformément à l'art 133 n° 3 de la loi du 5 avril 1884. Elle contient un tableau énonçant toutes les taxes et revenus qui se recouvrent au moyen de rôles. Cette loi des contributions directes peut contenir en outre beaucoup de dispositions spéciales variables suivant les années.

La loi annuelle des finances fixe en bloc la somme à laquelle sont évalués les voies et moyens applicables aux dépenses du budget général. Pour l'exercice de 1906, ils sont évalués à 3.709.241.503 francs (L. 17 juin 1906, art. 23). Des tableaux fixent l'évaluation détaillée du montant des recettes prévues pour chaque source de recette. La loi autorise pour l'exercice, conformément aux lois existantes, la perception des divers droits, produits et revenus énoncés dans les tableaux annexés (art. 23). Toute contribution, toute taxe qui ne serait point énumérée dans les tableaux ne pourrait point être perçue pendant l'année. C'est toujours l'application du principe de l'annalité de l'impôt.

Il importe de noter que ce principe du vote annuel de l'impôt par le parlement s'applique non seulement aux contributions et aux taxes perçues au profit de l'Etat, mais aussi aux contributions et aux taxes perçues au profit des départements, des communes, des communautés d'habitants, des établissements publics. Aucune per-

ception ne peut être faite que si elle est autorisée par le parlement, et pendant l'année pour laquelle elle est autorisée. Les tableaux qui contiennent l'énumération des perceptions autorisées parlent toujours des perceptions faites au profit de l'Etat, des départements, des communes, des établissements publics, des communautés d'habitants.

Il convient d'ajouter que si les impôts ne peuvent être établis que pour un an, et que s'ils se trouvent supprimés de ce fait qu'ils ne sont pas mentionnés dans les lois annuelles de finances, il ne s'ensuit pas que chaque année le législateur doive voter à nouveau et le président de la république promulguer à nouveau les lois qui ont établi et organisé un impôt. Il n'est même pas nécessaire que la loi annuelle de finances cite expressément les dates des lois qui ont établi et organisé ces différents impôts. En déclarant ces contributions et taxes maintenues, la loi annuelle de finances déclare en même temps maintenues les différentes lois qui les ont établies et organisées, sauf les modifications spéciales qu'elle leur apporte souvent. La formule qui se trouve dans la rubrique des tableaux susindiqués est celle-ci : Tableau des droits, produits et revenus dont la perception est autorisée pendant l'année..., *conformément aux lois existantes*. Cette formule exprime très nettement ce qui est.

Le principe de l'annalité de l'impôt s'applique indistinctement à toutes les contributions et taxes, directes et indirectes. Cependant, certaines constitutions semblent dire que le principe de l'annalité de l'impôt ne s'applique qu'aux contributions directes et point aux contributions indirectes. Sans doute, les constitutions de 1791 (tit. V, art. 1) et de l'an III (art. 302) ne font point de distinction. Mais dans la Charte de 1814, on lit à l'art. 49 : « L'impôt foncier n'est consenti que pour un an. Les impositions *indirectes* peuvent 'être pour plusieurs années ». A l'art. 17 de la constitution de 1848, on lit une disposition identique. — Ces formules incontestablement ne sont pas exactes. Les auteurs de ces textes ont voulu dire que, pour les impôts de répartition, le législateur doit chaque année en fixer le montant, puisqu'il en fait la répartition entre les départements, et que pour les contributions de quotité et indirectes, le parlement n'a point chaque année à voter de nouveau les lois d'organisation. Mais de ces textes il ne faut point conclure que les contributions directes de répartition et indirectes pourraient être perçues même si le législateur, dans la loi annuelle de finances, n'en avait pas autorisé la perception. La formule de 1814 et de 1848 a été reproduite à l'art. 35 du grand décret sur la comptabilité de 1862; mais l'auteur en a précisé le sens : « Les impôts de répartition sont consentis pour un an; tous les autres impôts peuvent l'être pour plusieurs années; *les lois annuelles de finances en autorisent chaque année la perception* ». En réalité, ils ne sont pas consentis pour plusieurs années, puisqu'ils ne peuvent être perçus que si chaque année la perception en est autorisée par la loi de finances.

M. Esmein écrit : « Cette règle (l'annalité de l'impôt) n'est pas écrite dans notre constitution. Elle n'a même été inscrite chez nous, avec des atténuations, que dans les deux Chartes et l'Acte additionnel de 1815. Il est donc certain que les chambres pourraient actuellement voter l'impôt pour plusieurs années. C'est ce que permettait au corps législatif la const. de 1791 ». Et M. Esmein cite l'art. 1 de la sect. I du chap. III du titre III (*Droit const.*, 4e édit., 1906, p. 836 et note 3, p. 834, note 1). — L'art. 1 de la sect. I du chap. III du titre III de la const. de 1791 ne dit rien de tel et notre savant collègue oublie que la règle de l'annalité de l'impôt a été consacrée expressément par l'art. 1 du titre V de la const. de 1791 : « *Les contributions publiques seront délibérées et fixées chaque année par le corps législatif et ne pourront subsister au delà du dernier jour de la session suivante si elles n'ont pas été expressément renouvelées* ». Elle a été consacrée aussi par l'art. 17 de la const. de 1848 qui reproduit, il est vrai, le texte des Chartes. Nous ne saurions admettre que le parlement puisse voter l'impôt pour plusieurs années. S'il le faisait, il violerait certainement le droit constitutionnel.

Observation. — Depuis plusieurs années, le parlement a pris l'habitude d'insérer dans la loi de finances des dispositions complètement étrangères à la perception des contributions et taxes publiques et consacrant des modifications à l'organisation administrative ou judiciaire, et même à la législation civile ou pénale. Ainsi par exemple l'organisation du conseil d'Etat a été modifiée par l'art. 24 de la loi de finances du 13 avril 1900; par le même texte le délai pour former le recours pour excès de pouvoir a été réduit de trois à deux mois; la composition des cours d'assises a été modifiée par l'art. 38 de la loi de finances du 25 février 1901, modifiant les art. 252 et 253 du C. inst. crim.; la loi de finances du 17 avril 1906 (art. 44) décide que la cour de cassation prononcera au lieu et place des conseils et tribunaux de révision sur les recours formés en temps de paix contre les jugements des conseils de guerre et tribunaux maritimes; l'art. 69 permet l'arbitrage (tit. III du C. proc. pour la liquidation des dépenses de travaux publics et de fournitures de l'Etat, des départements et des communes; enfin le 19 octobre 1906, la commission du budget de la chambre a décidé d'introduire dans la loi de finances une disposition additionnelle ayant pour objet de modifier l'art. 463 du C. pénal sur les circonstances atténuantes. — Les inconvénients que présente un pareil procédé sont évidents (cf. *Le Temps*, 22 octobre 1906). Cependant on ne saurait, croyons-nous, en contester la légalité constitutionnelle. La partie du budget qui porte plus particulièrement le nom de *loi de finances* et qui autorise et règle pour l'année la perception des contributions publiques est une loi au sens matériel (cf. §§ 34 et 35); le parlement, en la votant, agit vraiment comme législateur; il peut donc constitutionnellement modifier ou supprimer par elle

des institutions ou des dispositions établies par une loi. Nous n'en dirons pas autant des réformes réalisées par refus de crédit (cf. même § *infra*).

Dépenses autorisées. — L'art. 1 de la loi générale de finances fixe le montant total des crédits qui sont ouverts aux ministres pour les dépenses du budget général de l'exercice.

Pour l'exercice 1906, le montant total de ces crédits est de 3.709.192.067 francs (L. 17 avril 1906, art. 1). Dans ce même article, ces dépenses sont groupées en cinq catégories : 1° La dette publique; 2° Les pouvoirs publics (dotation du président de la république et des chambres); 3° Les services généraux des ministères; 4° Les frais de régie, de perception et d'exploitation des impôts et revenus publics; 5° Les remboursements, restitutions et non valeurs ».

Mais ce n'est point suivant cette classification que sont discutées et votées par le parlement les dépenses budgétaires. Les chambres examinent en effet séparément les dépenses afférentes à chaque ministère. Pour chaque ministère, les dépenses sont divisées en chapitres et les chambres votent séparément chaque chapitre.

La règle ressort de l'art. 30 de la loi des finances du 16 septembre 1871, combiné avec l'art. 56 du décret du 31 mai 1862 sur la comptabilité : « Le budget est voté par chapitres; aucun virement de crédit ne peut avoir lieu d'un chapitre à un autre » (L. 16 septembre 1871, art. 30). « Chaque chapitre du budget ne contient que des services corrélatifs ou de même nature » (D. 31 mai 1862, art. 56 : rapp. l'art. 53 de la loi des finances du 28 décembre 1895). — C'est la stricte application de cette dernière règle qui peut seule assurer la spécialité prescrite par la loi de 1871, qui est une condition essentielle pour que le vote des dépenses par les chambres constitue une garantie sérieuse. Le droit de virement serait en fait rétabli au profit des ministres si le même chapitre pouvait contenir des crédits affectés à des dépenses d'ordre divers, et l'effort des commissions du budget et des chambres a continuellement tendu à créer dans chaque ministère des divisions assez nombreuses et assez précises pour garantir l'affectation réelle des crédits votés aux dépenses en vue desquelles ils ont été votés. La loi des finances du 21 mars 1885 contient sur ce point une disposition spéciale pour le ministère de la guerre : « Lorsque les dépenses d'exploitation et d'entretien du ministère de la guerre... comprennent à la fois le traitement du personnel chargé de cette exploitation... et les frais matériels..., elles devront être présentées au

moyen de deux chapitres distincts ». C'est encore pour assurer cette spécialité de crédits qu'a été voté l'art. 79 de la loi de finances du 30 mars 1902 ainsi conçu : « Les cadres de toutes les administrations centrales établis par des règlements d'administration publique devront toujours correspondre exactement aux crédits votés pour cet objet dans chaque budget spécial. Aucune modification ne pourra être mise en application si elle implique une augmentation correspondante des crédits votés. Les administrations centrales ne peuvent pas comprendre dans leurs cadres des fonctionnaires payés sur d'autres chapitres du budget, et aucun fonctionnaire ne doit toucher un traitement différent de celui qui est déterminé par la loi budgétaire ».

Les chambres votent les dépenses avant de voter les recettes. Elles procèdent à l'inverse du particulier qui veut établir son budget et qui subordonne ses dépenses à ses recettes. L'Etat au contraire détermine d'abord ses dépenses et ensuite établit ses recettes. Ce procédé n'est point illogique. L'Etat a des obligations qui s'imposent rigoureusement à lui (cf. § 93). Il importe donc de déterminer d'abord les dépenses qu'implique l'accomplissement de ces obligations. D'autre part, l'Etat étant détenteur de la force et tirant la plus grande partie de ses ressources de l'impôt, c'est-à-dire de la contribution qu'il impose par la force à ses sujets, peut théoriquement augmenter ses recettes à volonté. Nous disons théoriquement, car il arrive en fait un point que l'Etat ne peut pas dépasser, un moment où la matière imposable devient *incompressible*, c'est-à-dire un moment où le contribuable refusera de payer et où le gouvernement sera impuissant à l'y contraindre. Il appartient au parlement de mesurer les dépenses de l'Etat de façon à ne pas atteindre le point d'*incompressibilité* de la matière imposable, et même de ne point trop s'en rapprocher. Autrement il se produit une gêne, une tension dans la vie économique du pays qui peut avoir de graves conséquences.

En consacrant le principe que les dépenses ne peuvent être faites qu'avec l'autorisation du parlement, on avait cru qu'il y avait là une garantie suffisante pour la protection du contribuable, et que le parlement représentant la nation, c'est-à-dire les contribuables, aurait une tendance à restreindre autant que possible les dépen-

ses. Mais les faits n'ont point confirmé ces prévisions. Les chambres élues au suffrage universel, pensant surtout à leur réélection, ont au contraire une tendance marquée à accroître les dépenses qui paraissent favoriser les masses électorales et frapper surtout les classes riches. Il arrive souvent ce fait paradoxal que c'est le gouvernement qui demande des économies à une chambre qui veut faire des dépenses. Comme d'autre part les députés, encore dans le but d'assurer leur réélection, sont toujours prêts à supprimer ou à réduire des impôts, il arrive souvent qu'un budget présenté aux chambres par le gouvernement en parfait équilibre sort du vote de la chambre en déficit. C'est ainsi par exemple qu'en 1906 les chambres, à la veille des élections générales, désorganisaient le budget et contribuaient à créer de graves difficultés financières en rétablissant le privilège des bouilleurs de cru (L. 27 février 1906) et en réduisant à 0 fr. 10 le port des lettres (L. 6 mars 1906). On voit que l'on se tromperait fort si l'on croyait que le vote du budget par les chambres suffit pour assurer au pays de bonnes finances. Le système évidemment doit être maintenu. Mais il importe de le réglementer en limitant étroitement l'initiative des députés en matière budgétaire. La tentative en a été déjà faite. Cf. *supra*, § 124 et Règl. chambre, art. 51 *bis*.

Ce vote des dépenses par le parlement compris dans la loi générale des finances n'est pas cependant un acte législatif au point de vue matériel. C'est au point de vue interne un acte *administratif* et pour lequel le parlement doit rester absolument dans la limite de la loi et ne peut rien faire qui soit contraire à la loi. C'est un acte individuel; il doit rester conforme à la règle générale qu'est la loi, laquelle s'impose au parlement comme à tous tant qu'elle n'est pas modifiée ou abrogée par une autre règle générale (cf. § 35).

Cette observation permet de donner la solution très simple d'une question qui a été parfois discutée théoriquement. Les chambres, et particulièrement la chambre des députés, ont à plusieurs reprises manifesté la prétention de supprimer une institution établie régulièrement par une loi ou par un règlement en refusant le crédit nécessaire pour en assurer le fonctionnement. En 1886, ont été supprimées dans ces conditions les facultés de théologie catholique, et en 1888, les inspecteurs généraux de l'enseignement supérieur. En 1906, la chambre des députés a refusé le crédit des sous-préfets. Quand la question est venue devant le sénat (11 avril 1906), le rapporteur du budget de l'intérieur, M. Savary, a fait observer qu'on ne pouvait pas ainsi, par voie budgétaire, faire une réforme administrative; le ministre de l'intérieur, M. Clémenceau, a dit la même chose et le crédit des sous-préfets a été rétabli. En effet,

les sous-préfets sont établis par une loi, la loi du 28 pluviôse an VIII. Tant que cette loi existe, elle s'impose ; le parlement peut assurément la modifier et supprimer les sous-préfets en faisant une loi nouvelle ; mais il ne peut pas les supprimer en refusant le crédit, parce qu'en votant le crédit, il ne fait pas autre chose qu'un acte administratif, qu'il ne peut faire que conformément à la loi.

Le parlement ne peut pas non plus refuser le crédit nécessaire pour exécuter des obligations contractuelles prises par l'Etat. Les contrats faits par l'Etat font naître à sa charge de véritables obligations, et le parlement ne peut point supprimer ces obligations en refusant le crédit nécessaire pour les exécuter. Cf. *supra*, § 30, et arrêts du conseil d'Etat, 8 août 1896 et 1er juillet 1904, affirmant le caractère obligatoire des contrats passés par l'Etat français en 1860 avec le chapitre de Saint-Jean-de-Maurienne et le chapitre et la fabrique de la cathédrale d'Annecy et condamnant l'Etat français à payer les annuités promises, malgré le vote des chambres qui avaient, en 1892, refusé les crédits. Le 22 décembre 1899, sur la demande de M. Caillaux, ministre des finances, les chambres votèrent le crédit nécessaire pour exécuter l'arrêt du conseil d'Etat du 8 août 1896, M. Caillaux déclarant que l'Etat ne pouvait pas ne pas payer ses dettes.

Les dépenses sont votées *annuellement* par le parlement, comme les recettes. Le parlement ne pourrait point voter le budget pour plusieurs années, ni même attribuer pour un service déterminé un crédit qui s'étendrait sur plusieurs exercices. Toute décision du parlement qui ferait cela serait, à notre avis, inconstitutionnelle.

Ce principe a toujours été reconnu en France. Le procédé suivi par exemple en Allemagne où le budget de la guerre est voté pour sept ans (septennat militaire) et le budget de la marine pour cinq ans (quinquennat naval) serait, en France, tout à fait inconstitutionnel. Il a toujours été reconnu que lorsque les chambres déclaraient repartir sur plusieurs exercices certaines dépenses, comme par exemple le programme des constructions navales de 1900, chaque année le parlement restait complètement libre de voter ou non la somme afférente à l'exercice.

Le 13 mai 1899, M. Sébline avait déposé un projet de résolution ainsi conçu : « Le sénat invite le gouvernement à provoquer un accord des pouvoirs publics en vue de rendre applicable à l'année 1900 le budget qui sera voté pour 1899 ». Immédiatement, M. le sénateur Strauss fit des réserves très justes sur la constitutionnalité d'une pareille proposition. Elle fut renvoyée cependant à la commission des finances ; mais elle n'eut point de suite.

Droits du sénat et de la chambre. — Le budget est

voté en la forme de loi, c'est-à-dire par les deux chambres; et il n'est voté que lorsqu'un texte identique a été admis. On a montré plus haut les droits particuliers de la chambre, au point de vue de la priorité et de l'initiative (cf. § 124). Cette réserve faite, les droits du sénat et de la chambre pour le vote du budget sont absolument égaux, tant au point de vue des recettes qu'au point de vue des dépenses. Par conséquent, le sénat ne peut jamais être contraint d'accepter, par exemple, le chiffre des dépenses voté par la chambre, ni d'accepter même une suppression de dépenses qui serait votée par la chambre, ni d'accepter l'établissement ou la suppression d'une recette qui seraient votés par la chambre. Le budget devra donc faire indéfiniment la navette entre la chambre et le sénat jusqu'à ce que l'accord soit établi et il n'y a pas de raison pour que l'une des chambres cède plutôt que l'autre. En fait, il intervient le plus souvent entre la chambre et le sénat une transaction dont le ministre des finances est comme le négociateur.

C'est ce qui est arrivé notamment pour le budget de 1906, qui, pendant la journée du 13 avril, la nuit du 13 au 14 avril, la journée du 14 et la nuit du 14 au 15, est allé et revenu six ou sept fois, porté par M. le ministre des finances, du palais Bourbon au Luxembourg et réciproquement. Le point où la divergence existait finalement entre la chambre et le sénat était la remise des droits d'enregistrement à la compagnie du Panama en liquidation; finalement, un texte transactionnel a été voté, qui est devenu l'art. 6 de la loi des finances du 17 avril 1906.

Pendant les quinze premières années de l'application des lois constitutionnelles de 1875, on a contesté les droits du sénat, et on soutenait que lorsque la chambre avait maintenu ses premières décisions, malgré un vote différent du sénat et le renvoi du budget, le sénat n'avait qu'à s'incliner. M. Gambetta, dans l'exposé des motifs du projet de revision présenté le 14 janvier 1882, disait : « Ce qu'il faut affirmer et mettre au-dessus de toute discussion, c'est que lorsque, en matière de lois de finances, la chambre des députés a dit son dernier mot, le sénat a bien le droit... de faire des remontrances à la chambre..., mais que le sénat n'a que ce droit. Les remontrances... une fois présentées à la chambre, le droit du sénat est épuisé. La chambre des députés statue en dernier ressort, dit oui ou non, accepte ou rejette, mais ce vote là est sans appel

et sans cassation ». Le projet de revision du ministère Gambetta n'aboutit pas. Dans la séance du 20 décembre 1882, M. Wallon, le *père de la constitution* de 1875, affirma les droits du sénat en matière budgétaire. En 1884, au moment de la revision, M. Jules Ferry, président du conseil, demandait que l'art. 8 de la loi du 24 février 1875 fût soumis à la revision, pour que les droits du sénat en matière financière fussent précisés; la chambre y consentait; mais le sénat s'y opposa et la loi const. du 14 août 1884 ne toucha pas à l'art. 8. Ainsi l'art. 8 de la loi du 24 février 1875 n'a jamais été modifié et finalement a triomphé la théorie de l'égalité des droits du sénat et de la chambre en matière budgétaire. Cf. en ce sens discours de M. le sénateur Wallon, président d'âge, 12 janvier 1904. M. Milliès-Lacroix, dans son rapport général sur le budget de 1906, a affirmé que le sénat avait sur le budget « des droits de vue, de contrôle et de sanction » (*J. off., doc. parl.*, sénat, 1905, p. 195).

Du refus du budget. — Le droit du parlement de refuser l'impôt n'est pas contestable. L'impôt n'est établi que pour un an; chaque année il est établi par une loi véritable. Les dispositions des lois financières annuelles qui établissent l'impôt sont des actes législatifs proprement dits que le parlement peut ne pas voter. En ne les votant pas, il ne viole aucune loi (cf. § 35 et *supra, Le vote de l'impôt*).

Mais la question peut se poser pour la partie du budget relative aux dépenses. Assurément le parlement a pleine liberté pour refuser tous les crédits relatifs à des dépenses nouvelles ou exceptionnelles et qui ne sont pas relatives à des services publics établis par des lois.

Lorsque par exemple le 21 avril 1896, le sénat refusait des crédits demandés par le gouvernement pour la relève des troupes de Madagascar, il agissait dans la plénitude de son droit; et il en aurait été de même si la demande de crédit avait fait partie du budget. Le but du sénat était de forcer à se retirer le ministère Bourgeois qui avait été mis en minorité par la haute assemblée et qui cependant restait aux affaires. Cf. *infra*, § 145.

Mais le parlement peut-il refuser la partie du budget des dépenses relatives au fonctionnement des services publics établis par des lois? On a vu qu'il ne peut pas refuser un crédit dans le but de supprimer un service public établi par une loi. Mais d'autre part il ne faut

pas oublier qu'au point de vue des rapports constitutionnels des pouvoirs publics le vote du budget et particulièrement le vote des dépenses est le moyen le plus énergique donné au parlement pour exercer son contrôle et son action sur le gouvernement. Par conséquent si, en refusant les crédits budgétaires, une chambre avait pour but, non point de supprimer un service public établi par une loi, mais de forcer un ministère factieux à se retirer, nous croyons que le parlement resterait dans la correction constitutionnelle en le faisant.

Au mois de novembre 1877, c'est sur la menace du refus du budget par la chambre des députés que le maréchal de Mac-Mahon se décida à renvoyer le ministère de Rochebouet et à prendre le ministère Dufaure dans la majorité de la chambre (André Daniel, *Année politique*, 1877, p. 386 et suiv.).

En Allemagne, des auteurs de grand renom, M. Laband *(Droit public*, édit. franç., 1904, VI, p. 268 et 357), M. Bornak *(Preussisches Staatsrecht*, III, p. 596), soutiennent que le budget est tout simplement un compte portant sur des recettes et des dépenses à réaliser, une sorte de devis *(Voranschlag)*, qu'il est par conséquent un acte purement administratif n'ayant aucun rapport avec le législateur. La portée juridique du budget est ceci, que le gouvernement est dégagé à l'avance de sa responsabilité en tant qu'il se tient dans les limites de la loi du budget. Les auteurs précités en concluent qu'en l'absence d'une loi du budget, le gouvernement n'est point arrêté, qu'il peut faire toutes les dépenses, mais qu'il engage alors ces dépenses sous sa responsabilité politique, c'est-à-dire sous la responsabilité du chancelier devant le *Bundesrath* et le *Reichstag* (cf. § 60).

Une pareille solution n'est certainement pas défendable en France. Elle peut être reçue dans un pays de monarchie simplement limitée comme l'Allemagne ; elle est impossible dans un pays de démocratie parlementaire comme la France. Le gouvernement ne peut engager en principe une dépense d'un centime sans une autorisation du parlement, excepté dans les cas qui sont prévus par la loi du 14 décembre 1879 et sous les conditions fixées par cette loi (cf. *infra*, § 138).

Douzièmes provisoires. — L'année financière commence en France le 1er janvier pour finir le 31 décembre. On a souvent parlé de modifier le point de départ de l'année financière et de le fixer au 1er juillet; mais on a toujours reculé devant l'inconvénient qu'il

y aurait à bouleverser des habitudes prises depuis longtemps. Il faudrait donc que chaque année le budget de l'année suivante fût voté et promulgué au plus tard le 31 décembre. Mais en fait, très souvent, il n'en est pas ainsi. Les chambres ne discutent le budget que pendant la session extraordinaire de novembre-décembre. Les députés, à l'occasion du budget, adressent de nombreuses questions et interpellations au gouvernement; le 1er janvier arrive que le vote du budget est loin d'être achevé même à la chambre; et il reste encore la discussion au sénat. Le budget de 1905 a été promulgué le 22 avril 1905 et celui de 1906, le 17 avril 1906. Mais le gouvernement, ne pouvant ni lever les impôts, ni engager les dépenses sans un vote du parlement, lui demande alors d'être autorisé provisoirement, c'est-à-dire en attendant que la loi générale du budget soit votée, à lever les impôts et à faire les dépenses nécessaires au fonctionnement des services publics pendant un, deux, trois mois ou plus, suivant les cas. Comme le montant des dépenses est ainsi évalué par mois, c'est-à-dire par douzième du montant total des dépenses annuelles, on appelle ce système le système des *douzièmes provisoires*.

Voici l'économie des lois de douzièmes provisoires. Dans un premier article, le parlement vote en bloc le chiffre auquel est évalué le montant total des dépenses pendant un, deux, trois mois ou plus, et décide que ces crédits seront répartis par ministère et par chapitre par un décret du président de la république. Puis la loi autorise la perception des contributions indirectes suivant les lois en vigueur, pendant le temps déterminé, un deux, trois mois ou plus. Habituellement on vise aussi (ce qui est d'ailleurs inutile, la loi des contributions directes (cf. *supra*), en général votée au mois de juillet. Cf. comme type de lois accordant des douzièmes provisoires les lois du 20 décembre 1905 et du 27 février 1906. Ces lois sont suivies d'un décret du président de la république faisant la répartition, par ministères et par chapitres pour chaque ministère, des crédits votés en bloc.

En Angleterre, le vote des acomptes financiers est le système normal, le budget n'étant jamais voté que pendant l'année financière auquel il se rapporte (cf. *infra*). En France, le système des douzièmes provisoires, quoique fréquemment employé, reste quel-

que chose d'exceptionnel et, étant donné notre organisation financière, présente de graves inconvénients, qui résultent précisément de ce que c'est un régime provisoire qui, par conséquent, laisse dans l'incertitude beaucoup de points qui ne seront réglés qu'après le vote définitif du budget. D'autre part, le système des douzièmes provisoires viole complètement la règle de la spécialité budgétaire, règle essentiellement protectrice. Les crédits sont votés en bloc et c'est le gouvernement qui fait lui-même la répartition par ministères et dans chaque ministère par chapitres. On a dit que cette répartition pourrait être faite par le parlement ; mais étant donnée l'urgence qui existe toujours quand on a recours aux douzièmes provisoires, cela n'est pas possible. La vérité est que le parlement, s'il était soucieux de ses devoirs, devrait toujours, à moins de circonstances tout à fait exceptionnelles, avoir achevé la discussion du budget au plus tard le 31 décembre de chaque année.

Vote du budget en Angleterre. — On a souvent donné comme modèle le système suivi en Angleterre pour le vote du budget et on a proposé de l'introduire en France. Il suffit d'indiquer en quelques mots les grandes lignes du système anglais pour montrer qu'il serait en contradiction avec les principes de notre droit financier et en opposition complète avec nos habitudes.

Les dépenses y sont divisées en deux catégories. La première catégorie comprend les dépenses permanentes qui échappent à la règle de l'autorisation périodique et forment ce qu'on appelle les *consolidated fund services*. Toutes les autres dépenses constituent les *supply services;* elles sont énumérées dans les *estimates* annuels. Quant aux taxes, on les divise en trois catégories : celles qui sont votées chaque année, celles qui sont établies pour un certain nombre d'années, celles qui sont permanentes. Celles-ci ont été établies une fois pour toutes par un acte du parlement, et elles subsistent tant qu'un nouvel acte n'est pas venu les supprimer ou les modifier. En fait les 4/5 des taxes sont des taxes permanentes ; il n'y a guère que l'impôt sur le revenu (*income tax*), l'impôt sur le thé et certains impôts nouveaux établis après la guerre du Transvaal qui soient des taxes annuelles.

L'année financière commence en Angleterre le 1er avril. La session parlementaire commence en général au mois de février. A ce moment, la chambre des communes est saisie des *estimates*, tableaux des dépenses des divers services. Elle en commence l'examen qui se prolonge en général jusque vers les mois de juillet ou d'août. Le gouvernement a donc besoin d'obtenir chaque année des acomptes. La chambre des communes les lui accorde successivement par une série de votes partiels *(votes on account)*. Elle ouvre des crédits *(supply)* et elle accorde les fonds nécessaires, les voies et moyens *(ways and means)*. Lorsque l'examen des *estimates* est terminé, un acte final *(Act of appropriation)* réunit tous les *votes on account* en les classant par chapitres et donne

l'autorisation finale d'acquitter les dépenses au moyen des ressources indiquées.

Cons. sur tous ces points, Tood-Walpole, *Le gouvernement parlem. en Angleterre*, édit. franç. 1900, II, p. 313 et suiv.; Anson, *Loi et pratique const.*, édit. franç. 1903, I, p. 317 et suiv.; Boucard et Jèze, *Sciences des finances*, 1901, p. 127 et 193.

La loi des comptes. — Le parlement n'a pas seulement compétence exclusive pour autoriser les dépenses, il a et il doit avoir encore le pouvoir de vérifier l'emploi qui a été fait des crédits ouverts. C'est une règle qui existe en France depuis la Restauration, que le règlement définitif du budget de chaque exercice doit être voté par le parlement et faire l'objet d'une loi qu'on appelle par abréviation la *loi des comptes*. Cf. L. 15 mai 1818, art. 102 et D. 31 mai 1862, art. 107, 153 et 154.

L'œuvre des chambres est préparée par la cour des comptes, qui, avant le 1er mai de l'année qui suit la clôture de l'exercice expiré (L. 25 janvier 1889, art. 7), doit remettre au ministre des finances la *Déclaration générale de conformité*, relative à cet exercice, pour être imprimée et distribuée au sénat et à la chambre, et aussi par la commission chargée de vérifier les comptes des ministres, qui est nommée à la fin de chaque année, par décret du président de la république, et qui se compose de sénateurs, de députés, de membres du conseil d'Etat et de la cour des comptes. Elle est chargée d'arrêter le grand livre de la comptabilité générale des finances au 31 décembre, et de constater la concordance des comptes des ministres avec les résultats des écritures centrales des finances. Procès-verbal de cette opération est dressé et remis au ministre des finances qui en donne communication aux chambres.

Les comptes des ministres sont évidemment des comptes de gestion, puisque les ministres sont ordonnateurs et point comptables. Le projet de loi de règlement des comptes est présenté par le ministre des finances. Les comptes des ministres sont joints au projet. Ils comprennent l'ensemble des opérations qui ont eu lieu pour chaque service, depuis l'ouverture jusqu'à la clôture de l'exercice. Le projet de règlement définitif du budget est présenté avec divisions en chapitres et articles; les comptes doivent être établis d'une manière uniforme et présenter les mêmes divisions que le budget (D. 31 mai 1862, art. 107, 109, 153-155; L. 16 septembre 1871, art. 30; L. 28 décembre 1895, art. 53).

La présentation du projet de loi du règlement définitif du budget du dernier exercice clos et la production des comptes des ministres à l'appui, doivent avoir lieu au plus tard à l'ouverture de la session ordinaire des chambres qui suit la clôture de l'exercice

(L. 25 janvier 1889, art. 6). Les art. 3 et 4 de la même loi fixent les délais à l'expiration desquels l'exercice est clos; ces délais s'étendent, suivant les cas, pendant la deuxième année, jusqu'au 31 mars, 30 avril, 30 juin ou 31 juillet. Malgré les dispositions de la loi du 25 janvier 1889, la loi des comptes n'intervient habituellement qu'un certain nombre d'années après la clôture de l'exercice auquel elle se rapporte. C'est ainsi que le *Journal officiel* a publié seulement le 18 juillet 1906, la loi du 7 juillet 1906 *portant règlement définitif du budget de l'exercice 1899.*

Théoriquement, le vote de la loi des comptes est une chose très importante. C'est par là que les chambres peuvent exercer un contrôle effectif et direct sur l'emploi par les ministres des fonds mis à leur disposition et mettre en jeu la responsabilité civile des ministres (cf. § 146). Cependant aujourd'hui le vote de la loi des comptes passe à peu près inaperçu et se réduit en général à une simple formalité. Cela provient surtout du retard apporté au règlement du budget, d'où difficulté et même impossibilité de relever les irrégularités, les virements, les dépassements de crédits.

Cf. sur ce point le rapport au sénat de M. Milliès-Lacroix au nom de la commission pour le règlement du budget de 1898, 23 février 1904, *J. off.*, *Doc. parlem.*, sénat, 1904, p. 61 et suiv.; Delpech, *Revue du droit public*, 1904, p. 349.

Nous n'avons donné que des indications sommaires relativement aux attributions financières du parlement. Pour l'étude détaillée de ce point, on devra se reporter aux traités de législation financière et notamment aux ouvrages suivants, Leroy-Beaulieu, *Législation et science des finances;* Stourm, *Le budget*, 5e édit., 1906; Colson, *Economie politique*, III, 1905; Boucard et Jèze, *Science des finances*, 1902, p. 12 et suiv., et p. 1331 et suiv.; Besson, *Le contrôle des budgets en France*, 1899; Sarette, *Le contrôle du budget en France et en Angleterre*, 1902.

F. *Le sénat haute cour de justice.*

132. Des cas où le sénat est constitué en haute cour de justice. — Aux termes de l'art. 9 de la loi const. du 24 février 1875, le sénat peut être constitué en haute cour de justice pour juger soit le président de la république, soit les ministres et pour connaître des attentats commis contre la sûreté de l'Etat. Rap. L. 16 juillet 1875, art. 12.

Toutes nos constitutions ont confié le jugement de certains crimes politiques et de certaines personnes à des juridictions exceptionnelles. Les unes ont créé des hautes cours de justice ayant une

composition particulière. Les autres ont confié le jugement de ces crimes politiques et de ces catégories spéciales de personnes à une assemblée politique constituée en cour de justice.

La constitution de 1791 créait une haute cour nationale composée en principe des membres du tribunal de cassation et de hauts jurés et devant connaître des délits des ministres et agents principaux du pouvoir exécutif et des crimes qui attaqueraient la sûreté générale de l'Etat. Elle ne pouvait se réunir que sur la proclamation du corps législatif (Const. 1791, tit. III, chap. v, art. 23). La constitution de l'an III créait aussi une haute cour de justice pour juger les accusations du corps législatif contre ses membres et les membres du directoire. Elle était composée de cinq juges, de deux accusateurs nationaux et de hauts jurés (Const. an III, art. 265-273). La haute cour de justice créée par la constitution de l'an VIII (art. 73) fut maintenue par le sénatusconsulte du 28 floréal an XII; mais sa composition modifiée, mise en harmonie avec le régime impérial, et sa compétence très étendue (attentats et complots contre la sûreté de l'Etat, crimes et délits commis par les membres de la famille impériale, les sénateurs, les conseillers d'Etat, etc....) (Sénatusconsulte 28 floréal an XII, art. 101-133). La constitution de 1848 créa elle aussi une haute cour, qui était composée de cinq juges et de trente-six jurés et qui devait juger le président de la république, les ministres et les personnes prévenues de crimes contre la sûreté de l'Etat (art. 91-100). Enfin la constitution de 1852 créa une haute cour pour juger les personnes prévenues d'un crime contre la sûreté de l'Etat ou le chef de l'Etat et ne pouvant être saisie que par un décret (art. 54, 55). L'organisation en fut réglée par un sénatusconsulte du 10 juillet 1852, et le sénatusconsulte du 4 juin 1858 étendit sa compétence aux princes de la famille impériale. Cette haute cour fut supprimée par un décret du 4 novembre 1870.

Les Chartes confièrent au contraire le jugement des crimes de haute trahison, des attentats à la sûreté de l'Etat et des crimes et délits commis par certains personnages, à une assemblée politique, la chambre des pairs, qui devenait la *cour des pairs* (Charte 1814, art. 34, 35 et 55; Charte de 1830, art. 28, 29 et 47).

En Angleterre, la chambre des lords a conservé de ses premières origines, du temps où elle était le *Magnum consilium*, des attributions judiciaires; elle jugeait alors les accusations portées contre les grands officiers de la couronne. C'est pour cela que depuis le XIVe siècle on lui reconnaît compétence pour juger les ministres pour infraction commise dans l'exercice de leurs fonctions et traduits devant elle par la chambre des communes, suivant la procédure de l'*impeachment*. A la fin du XVIIe siècle et au XVIIIe siècle, l'*impeachment* fut admis même pour les actes qui ne constituaient pas une infraction, mais seulement une faute grave, préjudiciable aux intérêts du pays. La chambre des lords avait un pouvoir complet d'appréciation quant au fait et quant à la peine. Cette procédure

de l'*impeachment* est devenue en Angleterre extrêmement rare. On cite comme dernier cas celui de Lord Melville en 1805. Elle est, en effet, devenue inutile depuis que la responsabilité politique effective est entrée définitivement dans la pratique constitutionnelle. Les Anglais ont eu souvent recours contre les ministres à l'égard desquels ils estimaient que l'*impeachment* devait rester inefficace, à une mesure arbitraire et dictatoriale, le *bill d'attainder*, acte voté par les deux chambres en forme de loi et qui frappait le ministre d'une peine absolument arbitraire, généralement la peine de mort et la confiscation. Cf. sur tous ces points, Esmein, *Droit const.*, 4e édit., 1906, p. 109 et 110; Erskine May, *Parliamentary practice*, p. 55 et suiv.

La procédure de l'*impeachment* a été adoptée par la constitution américaine. La chambre des représentants peut mettre en accusation devant le sénat les ministres, le président et le vice-président de l'Union, et tous les fonctionnaires civils. Cette mise en accusation peut avoir lieu non seulement pour une infraction déterminée, mais encore pour tout acte accompli par le fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions. Le sénat a un pouvoir d'appréciation souverain. Quand c'est le président qui est accusé, le sénat est présidé par le président de la cour suprême. Personne ne peut être condamné si ce n'est à la majorité des deux tiers des membres présents. Le jugement ne peut prononcer que la destitution et l'incapacité d'occuper une place d'honneur, de confiance ou de profit. Le condamné demeure passible des condamnations de droit commun devant la justice ordinaire (Const. Etats-Unis, art. II, sect. 4). Cette procédure de l'*impeachment*, même aux Etats-Unis, est très rare. Cependant elle y a sa raison d'être bien plus qu'en Angleterre, puisque les Américains n'admettent pas la responsabilité ministérielle politique telle que nous la comprenons en Europe. D'autre part, l'*impeachment* est la contre-partie très légitime des pouvoirs très étendus qui appartiennent au président de la république américaine (cf. *supra*, § 59).

Que pour juger certains crimes et certaines personnes on institue une haute cour de justice spéciale comme les constitutions de 1791, de l'an III, de 1848, de 1852, ou que comme les Chartes et la constitution de 1875, l'on attribue compétence à une assemblée politique, on viole le principe de l'égalité de tous devant la loi, on crée une juridiction extraordinaire avec l'arrière-pensée qu'elle sera moins impartiale que les tribunaux de droit commun. Cela condamne le système. Cette pensée, on l'a surtout quand on confie le jugement des infractions politiques et des hommes politi-

ques à une assemblée politique, à une assemblée qui en fait, le plus souvent, est composée d'adversaires politiques de ceux qu'elle doit juger et qui par conséquent est dans l'impossibilité absolue de juger impartialement les accusés traduits devant elle. L'institution du sénat haute cour de justice constitue une véritable tache dans notre constitution républicaine.

Les cas où le sénat peut être constitué en haute cour de justice sont au nombre de trois :

1er cas. — Le sénat est constitué en haute cour de justice pour juger le président de la république, qu'il soit poursuivi pour crime de *haute trahison* ou pour une infraction de droit commun. Le président ne peut être mis en accusation que par la chambre et ne peut être jugé que par le sénat. Cela ressort très nettement de l'art. 12 de la loi const. du 16 juillet 1875 combiné avec l'art. 9 de la loi const. du 24 février 1875. Il est dit, en effet, au § 1 de l'art. 12 de la loi de juillet : « Le président de la république *ne peut être mis en accusation que par la chambre des députés et ne peut être jugé que par le sénat* ». Le texte ne peut pas être plus formel.

A l'art. 6, § 2 de la loi const. du 25 février 1875, on lit : « Le président de la république n'est responsable que dans le cas de haute trahison ». On s'est demandé quelquefois si cette formule excluait la responsabilité du président pour les infractions de droit commun. Evidemment non. Dans un pays de démocratie et d'égalité comme le nôtre, il n'y a pas un citoyen quel qu'il soit qui puisse être soustrait à l'application de la loi, échapper à la responsabilité pénale. « La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » (Décl. des droits 1789, art. 6). La véritable portée du § 2 de l'art. 6 de la loi du 25 février 1875 apparait très nettement si on le rapproche du § 1 du même article. Ce dernier texte déclare les ministres solidairement responsables de la politique générale et individuellement de leurs actes personnels; le législateur veut qu'au contraire les actes accomplis par le président de la république dans l'exercice de ses fonctions n'entraînent sa responsabilité que lorsqu'ils constituent des faits de haute trahison. La responsabilité du président de la république pour infraction de droit commun reste donc intacte. Cf. §§ 133 et 143.

Le président de la république bénéficie seulement

d'un privilège de juridiction. Même pour les infractions de droit commun, il ne peut être mis en accusation que par la chambre et ne peut être jugé que par le sénat. On comprend aisément quelle a été la pensée du législateur. Cependant, dans un pays qui se pique de pratiquer l'égalité démocratique, un pareil privilège ne devrait point exister.

2e cas. — Le sénat est constitué en haute cour de justice pour juger les crimes commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions quand ceux-ci sont mis en accusation par la chambre des députés (L. const. 24 février 1875, art. 9 et L. const. 16 juillet 1875, art. 12, § 2).

Pour les infractions commises en dehors de l'exercice de leurs fonctions, les ministres sont justiciables des tribunaux de droit commun et il n'y a rien de particulier à dire. Quant aux infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions, il faut distinguer. S'il s'agit d'un simple délit, les ministres sont justiciables des tribunaux de droit commun, sauf bien entendu l'application de la règle de l'inviolabilité parlementaire s'ils sont membres du parlement.

Pour les crimes commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions, deux hypothèses peuvent se présenter. Si la chambre des députés ne dit rien, le droit commun s'applique; la procédure ordinaire suit son cours et les ministres sont traduits devant la cour d'assises. Mais la chambre des députés peut intervenir et déclarer qu'il y a lieu de poursuivre un ministre ou un ancien ministre pour crime commis dans l'exercice de ses fonctions. Alors, les tribunaux de droit commun ne sont plus compétents, et seul le sénat haute cour de justice est compétent pour juger les ministres ou anciens ministres mis ainsi en accusation par la chambre des députés. La compétence du sénat est alors simplement facultative et préventive. Elle est facultative puisqu'elle dépend de la volonté de la chambre qui apprécie si elle doit intervenir ou non.

Elle est préventive, car, bien entendu, le sénat ne pourra être saisi d'un crime ministériel que tant que la cour d'assises n'est pas définitivement saisie. Nous estimons qu'il faut appliquer par analogie la disposition du § 4 de l'art. 12 de la loi du 16 juillet 1875 et dire que la mise en accusation de la chambre pourra saisir le sénat à la condition qu'elle intervienne avant l'arrêt de renvoi devant la cour d'assises.

Le caractère simplement facultatif de la compétence du sénat pour le jugement des crimes ministériels nous paraît résulter nettement des termes du § 2 de l'art. 12, surtout si on les rapproche des termes du § 1. Au § 1, il est dit : « Le président de la république *ne pourra être mis en accusation que...* ». Et au § 2 : « Les ministres *peuvent être mis en accusation* par la chambre des députés pour crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions. En *ce cas*, ils sont jugés par le sénat ». Par conséquent, ils ne sont jugés par le sénat que lorsqu'ils sont mis en accusation par la chambre des députés, et la chambre des députés *peut* les mettre en accusation; donc, il n'est pas nécessaire qu'ils soient mis en accusation par la chambre; et si celle-ci n'intervient pas, le droit commun conserve son empire.

M. Ribot, parlant comme président du conseil dans la séance du 12 janvier 1893, a très nettement affirmé cette solution : « Vous nous avez demandé, disait-il, si, dans le cas où les charges relevées contre un ancien ministre seraient reconnues suffisantes pour le traduire en justice, nous provoquerions le dessaisissement de la juridiction de droit commun et si nous demanderions la constitution du sénat en haute cour de justice. La chambre sait que la constitution lui donne en effet le droit de porter l'affaire devant le sénat : *mais elle ne lui en impose pas l'obligation*. Si la chambre n'use pas de son droit, si elle ne prend pas l'affaire en main, celle-ci suivra son cours régulier devant la justice du pays ». En fait, c'est ce qui eut lieu. M. Bahiaut, ancien ministre des travaux publics, fut poursuivi pour corruption devant la cour d'assises de Paris et condamné par elle.

L'initiative de la mise en accusation par la chambre d'un ministre pour crime ministériel ne peut venir que de la chambre et non du gouvernement. La proposition de mise en accusation sera soumise à la procédure parlementaire ordinaire. On comprend pourquoi la chambre seule peut prendre cette initiative. Le gouvernement est maître de l'action publique et peut faire poursuivre le ministre devant les tribunaux de droit

commun. La chambre doit pouvoir apprécier avec une entière indépendance si le crime ministériel est de telle nature qu'il doive être soumis à la juridiction politique du sénat.

Le 13 mars 1879, c'est la commission d'enquête sur les élections du 14 octobre 1877 qui déposa une proposition de mise en accusation contre les ministres du 17 mars et du 23 novembre 1877. Mais cette proposition fut repoussée. Le 5 juin 1899, au lendemain de l'arrêt de la cour de cassation ordonnant la revision du jugement de condamnation prononcé en 1894 contre le capitaine Dreyfus, le président de la chambre, M. Deschanel, donnait lecture d'une lettre à lui adressée par M. le garde des sceaux Lebret et dans laquelle, après avoir donné citation du texte de l'arrêt, il était dit : « Le fait dont l'existence est ainsi constatée à la charge d'un ancien ministre de la guerre (le général Mercier) par l'arrêt de la cour paraît tomber sous le coup des art. 114 et suiv. du code pénal. D'autre part, l'art. 12, § 2 de la loi const. du 16 juillet 1875 dispose que les ministres peuvent être mis en accusation. Dans ces conditions, le gouvernement à l'honneur de vous demander de saisir la chambre, à laquelle il appartient... de décider s'il y a lieu à renvoi devant le sénat ». La lecture de cette lettre provoqua immédiatement de la part de certains membres de la chambre de justes réserves au point de vue de la constitutionnalité du procédé. M. Ribot disait : « Il n'appartient pas au gouvernement de provoquer, de mettre en mouvement la procédure de mise en accusation. La chambre devant qui les ministres sont responsables a le droit, mais elle a seule le droit de les mettre en accusation... Je revendique le droit de la chambre ». Le gouvernement, il est vrai, pouvait dire et disait en effet qu'il ne saisissait pas formellement la chambre d'une proposition de mise en accusation, qu'il lui faisait connaître les faits et appelait son attention sur le point de savoir s'il n'y avait pas lieu de prononcer la mise en accusation. Mais il n'y avait là qu'une subtilité; et en fait la chambre se trouvait bien saisie par la lettre du garde des sceaux d'une proposition de mise en accusation. Le procédé était certainement constitutionnellement incorrect. La chambre se borna à donner acte au gouvernemeut de sa communication et passa à l'ordre du jour (séance du 5 juin 1899).

3e cas. — Le sénat peut enfin être constitué en haute cour de justice « pour connaître des attentats à la sûreté de l'Etat ». Telle est la formule de l'art. 9 de la loi const. du 24 février 1875. Le sénat est compétent quel que soit l'auteur du crime d'attentat à la sûreté de l'Etat, simple particulier ou fonctionnaire. Le sénat est alors constitué en haute cour de justice par un décret (L. const. 16 juillet 1875, art. 12, § 3).

La compétence du sénat est facultative; c'est le gouvernement qui apprécie souverainement si tel crime d'attentat à la sûreté de l'Etat doit être soustrait à la juridiction ordinaire et remis à la connaissance du sénat, juridiction politique. Il y a là évidemment un pouvoir extrêmement dangereux donné au gouvernement et qui rappelle singulièrement l'ancien droit d'évocation des monarchies absolues. C'est une arme politique mise par la constitution entre les mains du gouvernement, d'autant plus dangereuse que le sénat, par suite de son recrutement, est plus facilement docile aux inspirations gouvernementales.

Quelque étendu que soit le pouvoir du gouvernement de soustraire aux tribunaux de droit commun la connaissance des attentats à la sûreté de l'Etat, il arrive cependant un moment où il ne le peut plus, c'est quand la cour d'assises est définitivement saisie, c'est-à-dire quand est rendu par la chambre des mises en accusation l'arrêt de renvoi. On lit en effet à l'art. 12, § 4 de la loi du 16 juillet 1875 : « Si l'instruction est commencée par la justice ordinaire, le décret de convocation du sénat peut être rendu jusqu'à l'arrêt de renvoi ». Ici encore la compétence du sénat est facultative et préventive.

Il faut que le décret qui constitue le sénat en haute cour de justice pour juger une personne prévenue d'un crime d'attentat à la sûreté de l'Etat soit rendu en conseil des ministres et porte, comme tout décret pour lequel la loi exige cette formalité, qu'il a été délibéré en conseil des ministres. C'est une garantie évidemment bien fragile.

Les deux textes précités, art. 9 de la loi du 24 février 1875 et art. 12, § 3 de la loi du 16 juillet 1875, ne parlent que des attentats à la sûreté de l'Etat. On s'est demandé s'il fallait interpréter ce mot dans son sens étroit et si le sénat n'était compétent que pour juger les crimes que le code pénal qualifie d'attentats à la sûreté de l'Etat, ou si au contraire il fallait prendre le mot attentat dans un sens large et décider que le sénat serait compétent pour connaître des faits qui, sans être des attentats proprement dits, constitueraient un

complot contre la sûreté de l'Etat. La condition pour qu'il y ait attentat est nettement déterminée par l'art. 88 du code pénal : « L'exécution ou la tentative constitueront seules l'attentat ». Et M. Garraud écrit : « Ainsi, pour qu'il y ait attentat, il faut qu'il y ait eu au moins commencement d'exécution ; pour qu'il soit punissable comme tel, il faut qu'il n'ait été suspendu ou qu'il n'ait manqué son effet que par une circonstance indépendante de la volonté de son auteur. S'il n'y a pas au moins commencement d'exécution, s'il n'y a que préparation, il peut y avoir complot contre la sûreté de l'Etat, il peut y avoir un autre crime ; mais il n'y a pas attentat contre la sûreté de l'Etat. La distinction entre le commencement d'exécution et un fait de préparation peut être délicate ; mais la loi pénale l'a faite certainement » (Garraud, *Droit pénal*, 2e édit., 1899, III, p. 305 et suiv. Lire les deux art. 88 et 89 du C. pén. dont le rapprochement fait nettement apparaître la condition nécessaire pour qu'il y ait attentat).

En matière pénale, les textes doivent être interprétés restrictivement. C'est un principe d'interprétation qui est incontestable et éminemment protecteur de l'individu. Les art. 9 de la loi du 24 février et 12 de la loi du 16 juillet 1875 sont des textes de droit pénal ; ils sont de plus exceptionnels puisqu'ils établissent une compétence exceptionnelle ; il y a donc double raison pour les interpréter *restrictivement*. Ils ne parlent que d'*attentat à la sûreté de l'Etat ;* donc le sénat n'est compétent que pour juger l'attentat à la sûreté de l'Etat tel qu'il est défini par l'art. 88 du code pénal. Lorsqu'il y a simplement préparation, complot, le sénat n'est pas compétent. Cette solution nous paraît s'imposer.

Cependant en 1889 et en 1899 le sénat constitué en haute cour de justice s'est déclaré compétent pour connaître de simples complots. Le 14 août 1889, il rendait un arrêt par défaut où on lit : « Attendu que le mot *attentat* est évidemment pris ici dans un sens générique..., que cette disposition empruntée aux Chartes de 1814 et de 1830 a été constamment interprétée en ce sens que la haute cour était compétente pour connaître de tous les actes attentatoires, notamment le complot... » (Pierre, *Droit politique et parl.*, 2e édit., 1902, p. 721). En 1899, la question s'est posée de nouveau ; elle a été l'objet d'une discussion devant la haute cour, aux audiences des 10 et 11 novembre 1899. M. Devin avait déposé au nom de son client, M. de Ramel, des conclusions tendant à l'incompétence de la haute cour pour juger les complots. Le procureur général, M. Bernard, conclut à la compétence. M. Wallon, le principal auteur de la constitution de 1875, affirma comme « ancien membre de la commission parlementaire qui prépara la loi constitutionnelle de 1875 que la volonté des auteurs de cette loi avait été de rejeter de la compétence de la haute cour le complot et de ne lui déférer que l'attentat ». « Juger autrement, ajouta-t-il, serait de notre part une forfaiture ». M. le sénateur Chaumié soutint énergiquement, en se

plaçant au point de vue exclusivement politique, la compétence de la haute cour. Et en effet elle se déclara compétente pour connaître des complots par un arrêt rédigé dans des termes analogues à celui de 1889 précité (André Daniel, *Année politique*, 1899, p. 332).

Cette compétence de la haute cour en matière de complot a été acceptée et l'arrêt la reconnaissant a été approuvé par M. Esmein (*Note* sous arrêt de la haute cour, S., 1901, II, p. 1 et *Droit constit.*, 4e édit., p. 896) et par M. Moreau (*Revue du droit public*. 1902, II, p. 492 et suiv.). Nos deux savants collègues ne nous paraissent point avoir renversé la raison pour laquelle nous refusons à la haute cour compétence pour connaître des complots. M. Moreau fait justement observer que le texte de l'art. 33 de la Charte de 1814, que les précédents du 26 août 1820 et du 21 février 1821 ne sauraient être invoqués, que la distinction entre le complot et l'attentat n'est faite que depuis la revision de 1832, que cette distinction y est nettement et rationnellement faite, que la constitution de 1848 (art. 91) et la constitution de 1852 (art. 54) donnaient à la haute cour connaissance des attentats et des complots, que le rapprochement avec le texte de 1875, qui ne parle que des attentats, est caractéristique. M. Moreau ne nous paraît point avoir réfuté toutes ces raisons si bien déduites par lui-même. M. Moreau s'attache à démontrer à la p. 498 que la distinction entre l'attentat et le complot, quelque logique et juste qu'elle soit, n'a pas été voulue par le législateur constituant de 1875. C'est possible ; mais en matière de droit pénal on n'a point à chercher ce qu'a voulu le législateur, mais à lire ce qu'il a écrit : or il a écrit *attentat* et seulement attentat. Que sa terminologie soit souvent incertaine, peu importe ; le mot attentat est défini par l'art. 88 du code pénal ; on ne peut le prendre que dans le sens que lui donne ce texte. M. Moreau arrive à cette conclusion, qui nous paraît ruiner son système, que la haute cour pourrait être compétente pour juger de simples délits, par exemple ceux prévus par les art. 82 *in fine*, 89, § 4, 91, § 2. M. Esmein n'ose pas aller jusque là. Il a raison. Mais alors où s'arrêter ? Nous persistons à penser que si l'on sort du texte, on tombe dans l'arbitraire. C'est à la fois un texte exceptionnel et un texte de droit pénal. Il ne parle que d'*attentat*, donc le sénat ne peut connaître que des *attentats*.

En 1899, s'est posée aussi la question de savoir si la haute cour était compétente pour connaître des infractions de droit commun, connexes des crimes d'attentat ou de complot dont elle était saisie. Il s'agissait de M. Guérin, qui était inculpé de crime de complot, et en outre de crimes et de délits de droit commun qu'on soutenait être connexes du complot. Son défenseur déposait des conclusions tendant à faire décider que ces faits n'étaient pas connexes du complot et que, d'ailleurs, la haute cour était incompétente pour en connaître. Par son arrêt du 4 janvier 1900, la cour déclara ces faits connexes du complot et reconnut en fait sa compétence en acquit-

tant M. Guérin du chef de tentative d'homicide volontaire et en le condamnant sur les autres chefs comme sur le chef de complot. Nous estimons que par là la haute cour a encore excédé sa compétence. Il est de principe qu'une juridiction pénale d'exception n'est point compétente pour connaître des infractions connexes de celles pour laquelle elle a reçu exceptionnellement compétence. Une loi qui soustrait certaines infractions à la juridiction de droit commun doit s'interpréter deux fois restrictivement, puisqu'elle est une loi pénale et une loi d'exception. Cf. en ce sens Moreau, *Revue du droit public*, 1902, II, p. 506. M. Esmein approuve l'arrêt de la haute cour retenant la connaissance des infractions connexes, S., 1901, II, p. 2. — Pour la doctrine et la jurisprudence sur les questions de connexité et de compétence criminelle, cons. *Répert. Sirey*, v[is] *Connexité*, n[os] 371 et suiv., et *Compétence criminelle*, n[os] 288 et suiv.

Il faut enfin décider, en vertu des mêmes principes, que le sénat haute cour de justice n'est pas compétent pour statuer sur les réparations civiles. C'est d'ailleurs une règle constamment suivie que la juridiction d'exception, à la différence des juridictions de droit commun, ne sont pas compétentes pour statuer sur l'action civile en même temps que sur l'action pénale. On fait l'application de cette règle notamment aux conseils de guerre. La question ne s'est pas posée en 1899 devant la haute cour de justice. Mais elle se posa en 1830 devant la cour de Paris, au moment du procès des ministres de Charles X : certains commerçants de Paris demandaient à être indemnisés du préjudice à eux causé par l'émeute provoquée par les ordonnances de juillet. La cour des pairs, très justement à notre avis, déclara non recevables les actions civiles portées devant elle. Il est vrai qu'elle n'en donna pas la raison juridique, se bornant à dire dans son arrêt : « Considérant que la cour des pairs... ne se trouve pas constituée de manière à statuer sur les intérêts civils » (Pierre, *loc. cit.*, p. 732).

133. Des pouvoirs du sénat haute cour de justice. — Le principe essentiel est celui-ci. Le sénat constitué en haute cour de justice cesse d'être une assemblée politique; il devient une juridiction. Cette proposition est la conséquence naturelle et logique des textes qui donnent au sénat une compétence juridictionnelle. Elle a été exprimée formellement par le législateur constituant de 1875 à l'art. 4 de la loi du 16 juillet : « Toute assemblée de l'une des deux chambres qui serait tenue hors du temps de la session commune est illicite et nulle de plein droit, sauf le cas... où le sénat est réuni comme cour de justice; et *dans ce dernier cas, il ne peut exercer que des fonc-*

tions judiciaires ». Ainsi le sénat a tous les pouvoirs d'une juridiction judiciaire; et il a seulement les pouvoirs d'une juridiction judiciaire. De nombreuses conséquences découlent de cette double proposition.

1° *Le sénat haute cour de justice a tous les pouvoirs d'une juridiction judiciaire.* — C'est ainsi qu'il peut faire citer des témoins et condamner ceux qui ne se présentent pas. Les témoins doivent déposer sous la foi du serment, et le refus de prestation de serment entraîne l'application des peines prévues au code d'inst. crim. (art. 304, 307).

D'ailleurs l'art. 32 de la loi du 10 avril 1889, réglant la procédure devant le sénat constitué en haute cour de justice pour juger toute personne inculpée d'attentat contre la sûreté de l'Etat, porte : « Les dispositions du code d'inst. crim. et de toutes autres lois générales d'instruction criminelle, qui ne sont pas contraires à la présente loi, sont appliquées à la procédure s'il n'en est autrement ordonné par le sénat ». Cf. § 134.

Le sénat haute cour de justice peut juger immédiatement toutes les infractions qui seraient commises à son audience, suivant le droit qui appartient à toute juridiction, conformément aux art. 88 et suiv. du code de proc. civile, 281 du code d'inst. crim. En 1899, la haute cour a fait usage de ce pouvoir : par un arrêt du 18 novembre, elle a condamné M. Déroulède pour outrages au président de la république, et par arrêt du 29 novembre, M. Barillier pour injures aux membres de la haute cour.

Le sénat constitué en haute cour peut exercer le droit que l'art. 10 de la loi du 9 septembre 1835 donne à la cour d'assises et que l'art. 12 de la même loi déclare applicable au jugement de tous crimes et délits devant toutes les juridictions : « La cour peut faire retirer de l'audience et reconduire en prison tout prévenu qui, par des clameurs ou par tout autre moyen propre à causer du tumulte, met obstacle au libre cours de la justice.... ». En 1899, la haute cour a fait usage de ce droit à plusieurs reprises. La haute cour a aussi à l'égard des avocats le pouvoir que l'art. 41, § 3 de la loi du 29 juillet 1881 donne à toute juridiction : « Les juges pourront faire des injonctions aux avocats et officiers ministériels et même les suspendre de leurs fonctions; la durée de cette suspension ne peut excéder 2 mois, et 6 mois en cas de récidive dans l'année ». Le 6 décembre 1899, la haute cour a prononcé la peine de la suspension contre un avocat d'un des accusés; mais elle a eu le tort d'invoquer l'ordonnance du 20 novembre 1822 au lieu de l'art. 41, § 3 précité de la loi du 29 juillet 1881.

La haute cour peut évidemment ordonner toutes les

mesures qui lui paraîtront utiles pour la découverte de la vérité. Nous croyons même qu'il faut appliquer au président de la haute cour les art. 268-270 du code d'inst. crim. et cela comme conséquence de l'art. 32 de la loi du 10 avril 1889. Le président de la haute cour a donc un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel il peut ordonner tout ce qu'il croira utile pour découvrir la vérité.

2° *Le sénat haute cour de justice est une juridiction et par conséquent a seulement les pouvoirs d'une juridiction.* — La première conséquence de cette proposition est la suivante : Ne peut être accusée devant la haute cour une personne à raison d'un fait pour lequel elle a été déjà acquittée. En un mot s'impose à la haute cour, véritable juridiction, le principe de justice supérieur exprimé dans le vieil adage : *Non bis in idem* et consacré par l'art. 360 du code d'inst. crim. dans les termes suivants : « Toute personne acquittée légalement ne pourra pas être reprise ni accusée à raison du même fait ».

A notre sens, il faut repousser l'interprétation donnée couramment par la jurisprudence et d'après laquelle une personne ayant été acquittée pour un fait qualifié crime peut être poursuivie pour le même fait qualifié différemment et qualifié alors délit. Cela est inadmissible. *A fortiori*, repoussons-nous une doctrine qui consisterait à dire qu'une personne qui aurait été acquittée pour un fait qualifié crime par la juridiction de droit commun, pourrait être reprise et accusée devant la haute cour pour le même fait qualifié encore crime, mais différemment. Par exemple, une personne acquittée par la cour d'assises pour crime d'attentat ne pourrait certainement pas être reprise et accusée devant la haute cour pour le même fait, qui serait alors qualifié de complot, en admettant d'ailleurs (ce que nous n'admettons pas, cf. *supra*, § 132) que la haute cour soit compétente pour connaître des complots.

En 1899, la question s'est présentée et devant la commission d'instruction (cf. § 134) et devant la haute cour elle-même. M. Déroulède et M. Marcel Habert avaient été acquittés le 31 mai 1899 pour le fait connu sous le nom d'attentat de Reuilly commis le jour des funérailles de M. Félix Faure, le 23 février 1899, et qui avait été qualifié de provocation à un attentat. Ils étaient poursuivis devant la haute cour, et dans les faits relevés contre eux figurait le fait du 23 février 1899. Par un arrêt du 30 octobre 1899, la

commission d'instruction a très justement écarté, par l'exception de la chose jugée, l'inculpation de tentative d'attentat. Mais elle a retenu l'inculpation de complot. « Attendu que les faits qui constituent le crime de complot, loin de se confondre avec ceux qui caractérisent l'inculpation d'attentat, en sont, par la nature même des choses, essentiellement distincts, que ces deux crimes, s'il peut arriver qu'ils se produisent dans une même action, ne peuvent que se succéder, le premier prenant fin au moment où l'autre commence, qu'ils peuvent même exister l'un sans l'autre; qu'il ne peut donc y avoir identité de fait entre eux ». Nous ne comprenons pas comment des faits « qui se produisent dans une même action » peuvent cependant se succéder; ils ne se succèdent pas puisqu'ils se produisent dans une même action. La vérité, c'est que MM. Déroulède et Marcel Habert étaient poursuivis pour le fait même (l'attentat de Reuilly) pour lequel ils avaient été acquittés par le jury de la Seine; mais devant la cour d'assises, le fait avait été qualifié de provocation à un attentat; et devant la haute cour il était qualifié de complot. C'était la violation certaine de l'art. 360 C. inst. crim.

V. l'arrêt de la commission d'instruction, Pierre, *loc. cit.*, p. 721, note 2. — Pour la discussion de ces diverses questions, cons. Moreau, *Revue du droit public*, 1902, II, p. 470 et suiv.; Esmein, *Note* dans Sirey, 1901, II, p. 1.

Le sénat haute cour de justice, n'ayant que les pouvoirs d'une juridiction, ne peut condamner un accusé que pour un fait prévu et défini par la loi pénale, et en lui donnant la qualification même de la loi. Le dispositif de son arrêt doit reproduire, comme celui de toute sentence juridictionnelle de condamnation, le texte des articles de loi en vertu desquels est prononcée la condamnation. C'est l'application du principe formulé à l'art. 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et à l'art. 2 du code pénal.

La solution ne présente pas de difficulté lorsque le sénat est constitué en haute cour pour connaître des attentats commis contre la sûreté de l'Etat (LL. 24 février 1875, art. 9 et 16 juillet 1875, art. 12, § 3). On admet unanimement qu'il ne peut condamner pour attentat ou pour complot que les individus reconnus coupables de ces crimes suivant la définition qui en est donnée par les art. 87 et suiv. du code pénal, et, dans les condamnations prononcées en 1889 et en 1899, la haute cour a visé et transcrit les textes dont elle faisait l'application.

Mais, au contraire, on soutient que le sénat haute cour de justice pourrait condamner un ministre pour un fait commis dans l'exer-

cice de ses fonctions, alors même que ce fait ne serait pas prévu, défini et qualifié crime par la loi pénale, que le sénat est compétent pour déterminer lui-même et souverainement les faits susceptibles de constituer un crime ministériel entraînant condamnation. C'est la théorie connue sous le nom de théorie des *crimes ministériels*. Pour la soutenir, on invoque d'abord le caractère de la juridiction du sénat. On dit que le sénat, tout en devenant juridiction, ne cesse pas d'être une assemblée politique, que par conséquent c'est aller contre la réalité des choses de dire qu'il ne peut avoir que les pouvoirs d'une juridiction; qu'il doit donc être compétent pour apprécier les faits susceptibles de constituer un crime ministériel. On dit aussi que la responsabilité pénale des ministres, ainsi mise en jeu par la chambre des députés qui accuse et par le sénat qui juge, est un mode de la responsabilité politique; si les chambres ou l'une d'elles estiment que la politique suivie par les ministres est mauvaise, sans qu'il y ait cependant un fait criminel à leur reprocher, elles forcent les ministres à se retirer; si elles estiment qu'il y a plus, que des actes coupables ont été commis par les ministres, la chambre les met en accusation devant le sénat qui condamne, s'il estime dans sa souveraineté que les faits sont criminels. C'est toujours ainsi, dit-on, que les Anglais ont compris la procédure de l'*impeachment,* et le système établi par l'art. 12, § 2 de la loi const. du 16 juillet 1875 n'est autre chose que le système anglais transporté dans notre droit public. On fait observer que sans doute sous la const. de 1791 (L. 27 avril 1791, art. 29 et 31), la const. de l'an III (L. 10 vendémiaire an IV, art. 11), le sénatus-consulte du 28 floréal an XII (art. 130) et la const. de 1848 (art. 67, 68 et 100), les ministres ne pouvaient être condamnés par la haute cour que pour des faits prévus et définis par la loi pénale, mais que, d'après ces textes, la haute cour était exclusivement une juridiction composée de juges et de jurés, sans aucun caractère d'assemblée politique, qu'au contraire sous les Chartes de 1814 et de 1830, qui donnaient des pouvoirs de juridiction à la chambre des pairs, on lui a reconnu le droit de condamner les ministres pour des faits non définis par la loi pénale, et on invoque le précédent du procès des ministres de Charles X, signataires des ordonnances de juillet, en 1830 (cf. *infra*). On fait observer aussi qu'il est impossible au législateur de prévoir les circonstances infiniment nombreuses et variables où un ministre peut, dans l'exercice de ses fonctions, commettre un acte criminel; on ajoute l'impossibilité où l'on a été de faire une loi sur la responsabilité ministérielle, et que c'est précisément pour cela que le législateur constituant a donné le jugement des crimes ministériels à une assemblée politique. M. Esmein conclut : « Le jugement du sénat, bien que pouvant aboutir à une condamnation pénale, doit être avant tout un jugement politique et les actes des ministres doivent, en toute justice bien entendu, être jugés ici comme des actes politiques » (*Droit const.,* 4e édit., 1906, p. 713).

Ces raisons ne nous convainquent point. L'argument tiré de la similitude existant entre notre système et la procédure anglaise de l'*impeachment* n'a aucune valeur. La procédure de l'*impeachment* s'est formée en Angleterre à une époque où l'on n'était point arrivé à la notion de responsabilité politique des ministres; elle est aujourd'hui tombée en désuétude (cf. *supra*, § 132). En France, nous avons une notion très nette de la responsabilité politique et de la responsabilité pénale ; s'il y a une différence entre les deux, elle ne peut être que celle-ci : la première est encourue lorsqu'il n'y a pas d'infraction ; la seconde est encourue lorsqu'il y a infraction. Or sous un régime de légalité, il ne peut y avoir infraction que lorsque se trouvent réunis les faits qui, en vertu d'une loi, la constituent. Sinon, c'est un régime d'arbitraire indigne d'un pays civilisé. Le précédent de 1830 n'a aucune valeur : de ce que la chambre des pairs de la monarchie de juillet, en 1830, a violé les principes du droit les plus certains, on ne peut pas conclure que le sénat républicain de 1906 ait le droit de les violer. Enfin il ne faut pas, à tout propos et hors de propos, invoquer les règles admises en Angleterre. Notre droit constitutionnnel est arrivé à son plein développement et se suffit à lui-même.

On objecte l'impossibilité de prévoir tous les actes criminels qu'un ministre peut commettre dans l'exercice de ses fonctions. Ce n'est pas sérieux : il suffit d'ouvrir le code pénal et de lire les articles 114 et suiv. ; on verra que si on les avait appliqués, certains ministres auraient pu être très légalement et très justement poursuivis et condamnés par la haute cour. Nous ajoutons que si le parlement le voulait bien, il ne serait point très difficile de faire une loi complète sur la responsabilité ministérielle. Cf. *infra*, § 146.

Une question analogue se pose pour le président de la république. Aux termes de l'art. 6, § 2 de la loi const. du 25 février 1875, le président de la république n'est responsable qu'au cas de haute trahison, et d'après l'art. 12, § 1 de la loi du 16 juillet 1875, il ne peut être mis en accusation que par la chambre et ne peut être jugé que par le sénat. Or aucune loi ne détermine les éléments constitutifs du crime de haute trahison. Dès lors on se demande si dans l'état actuel de notre législation le président de la république pourrait être mis en accusation par la chambre et condamné pour haute trahison par le sénat, pouvant apprécier souverainement les faits constitutifs du crime de haute trahison. En vertu du principe formulé précédemment et développé en ce qui concerne les ministres, nous répondons sans hésiter que cette mise en accusation et cette condamnation sont absolument impossibles, tant qu'il n'y aura pas une loi déterminant les éléments constitutifs du crime de haute trahison et fixant la peine.

C'est en vain qu'on cite l'exemple du sénat américain légalement saisi en 1867 par la procédure de l'*impeachment* d'une poursuite contre le président Johnson, sans qu'on invoquât contre lui un

texte de loi déterminé. Le président américain est dans une situation absolument différente du nôtre. L'*impeachment* met en jeu une responsabilité surtout politique : notre président est irresponsable politiquement, et sa responsabilité pénale reste soumise au principe primordial de l'art. 8 de la Déclaration des droits de 1789 : nulle peine sans une loi qui l'établit.

On a dit quelquefois que le législateur constituant de 1875, n'ayant point annoncé une loi qui définirait le crime de haute trahison et qui en fixerait la peine, a montré par là qu'il laissait au sénat un pouvoir complet d'appréciation et pour déterminer les éléments du crime et pour prononcer la peine. C'est une pure hypothèse. Mais serait-il vrai que telle a été l'intention du législateur de 1875, le sénat ne pourrait pas condamner sans un texte de loi, car cela lui est interdit par la Déclaration des droits de 1789 (art. 8) qui est toujours en vigueur et s'impose au législateur constituant lui-même. Cf. § 72.

M. Esmein estime qu'en l'absence de toute loi définissant et punissant le crime de haute trahison, la chambre peut mettre en accusation le président de la république et le sénat le juger, mais ne peut prononcer que sa déchéance ; il y aurait alors mise en œuvre d'une sorte de responsabilité politique tout à fait analogue à celle qui, en Amérique, est mise en œuvre par la procédure de l'*impeachment* (*Droit const.,* 4e édit., 1906, p. 662). Nous venons de dire pourquoi nous ne pouvons admettre cette application du système américain et pourquoi par conséquent nous repoussons la solution proposée par notre savant collègue.

Une dernière conséquence de la proposition d'après laquelle le sénat haute cour de justice n'a que les pouvoirs d'une juridiction est celle-ci : il ne peut condamner les accusés qu'à des peines prévues par la loi pénale définissant le crime pour lequel il condamne et dans les limites du maximum et du minimum fixées par la loi pénale. Il peut d'ailleurs toujours faire application de l'art. 463 du code pénal sur les circonstances atténuantes, qui s'applique en matière criminelle sans qu'il soit nécessaire qu'un texte spécial le déclare applicable.

Les raisons pour lesquelles nous donnons cette solution sont les mêmes que précédemment ; et elles découlent directement de ce qui vient d'être dit. Les juridictions ne peuvent plus prononcer de peines arbitraires ; nous vivons sous un régime général de légalité, et par conséquent sous le système des *peines légales*. Dire que le sénat, en sa qualité de juridiction politique, peut déterminer souverainement la peine à appliquer, peut même condamner à des peines

qui n'existent pas dans la nomenclature légale des peines, c'est dire que le sénat peut violer la loi.

Le sénat a d'ailleurs, et en 1899 (procès Boulanger), et en 1899-1900 (arrêt du 4 janvier 1900), frappé les accusés condamnés en application des art. 89 et suiv. du code pénal, de la peine de la détention ou de la peine du bannissement, peines édictées par ces articles. Il faut noter en outre que pour le cas où le sénat, comme en 1889 et en 1899, est appelé à connaître des crimes d'attentat à la sûreté de l'Etat ou de complot, la loi du 10 avril 1889 (art. 23) lui fait une obligation d'appliquer rigoureusement les peines prévues par la loi combinée avec la disposition de l'art. 463 du code pénal « sans qu'il puisse y substituer de moindres peines » et de rappeler dans l'arrêt les dispositions légales dont il fait l'application (L. 10 avril 1889, art. 23).

En 1830, la cour des pairs, qui par son arrêt du 21 décembre avait commis une première illégalité en déclarant les ministres de Charles X coupables du crime de trahison, qu'aucune loi ne définissait et ne punissait, en commit une autre, conséquence d'ailleurs de la première, en disant dans son arrêt : « ... Considérant qu'aucune loi n'a déterminé la peine de la trahison et qu'ainsi la cour est dans la nécessité d'y suppléer... » et en condamnant les accusés à la prison perpétuelle, peine inconnue dans notre système pénal.

134. De la procédure suivie devant le sénat haute cour de justice. — L'art. 12, § 5 de la loi const. du 16 juillet 1875 portait : « Une loi déterminera le mode de procéder pour l'accusation, l'instruction et le jugement ». Lorsqu'en 1889, le gouvernement provoqua la poursuite du général Boulanger devant la haute cour, on s'aperçut que depuis 14 ans on n'avait point songé à faire la loi annoncée. De bons esprits soutenaient que tant que la loi de procédure ne serait pas faite, le sénat ne pourrait pas être constitué en haute cour de justice. Le 8 avril 1889, le sénat ayant reçu communication d'un décret le constituant en haute cour de justice pour connaître d'un crime d'attentat à la sûreté de l'Etat, M. Buffet proposa le vote d'une résolution par laquelle le sénat déclarerait qu'il ne pourrait fonctionner comme cour de justice tant que la loi de procédure annoncée par la constitution ne serait pas votée. La proposition de M. Buffet fut repoussée par la question préalable. Mais pour éviter des difficultés, on acheva à la hâte en 1889, à la veille du procès Boulanger, la loi sur la procédure. C'est la loi du 10 avril 1889. Cette loi ne s'applique qu'au cas où le sénat est constitué en haute cour de justice par un décret pour connaître d'un attentat à la sûreté de l'Etat; elle ne s'appliquerait point au cas où le sénat serait constitué en haute cour pour juger le président de la république ou un ministre mis en accusation par la chambre. Cela a été dit expressément par M. Morellet, rapporteur de la loi (11 février 1889) (Pierre, *loc. cit.*, p. 742, note 1), et cela ressort nettement du titre de la loi : ***Loi du 10 avril 1889 sur la procédure***

à suivre devant le sénat pour juger toute personne inculpée d'attentat commis contre la sûreté de l'Etat.

Dès lors aujourd'hui, si la chambre des députés mettait en accusation soit le président de la république, soit un ministre, la question se poserait de savoir si en l'absence d'une loi de procédure, le sénat pourrait fonctionner comme haute cour de justice. Nous n'hésitons pas à le penser. L'existence d'une loi de procédure n'est pas nécessaire pour qu'une juridiction légalement établie puisse exercer ses attributions. On peut citer l'exemple des conseils de préfecture, qui, créés par la loi du 28 pluviôse de l'an VIII, n'ont été dotés d'une loi de procédure que le 22 juillet 1889. La disposition de l'art. 12, § 5 de la loi const. du 16 juillet 1875 est purement énonciative et l'on ne saurait certainement en conclure que l'exercice du droit de la chambre de mettre en accusation le président de la république et les ministres et du sénat de les juger soit subordonné à la confection d'une loi de procédure. Toutefois le législateur ferait bien de combler cette lacune de notre législation. M. Morellet, dans son rapport sur la loi de 1889, semblait annoncer que cette loi serait faite incessamment; mais le parlement l'a oubliée.

Le cas échéant, la chambre et le sénat, pour la mise en accusation et le jugement du président de la république et des ministres, pourraient (sauf les réserves faites au § 133) s'inspirer des précédents de 1830. Dans l'acte de mise en accusation la chambre devrait viser les articles de loi sur lesquels elle appuie son accusation et dont elle demande au sénat de faire l'application. Elle désignerait deux ou plusieurs de ses membres pour « faire toutes les réquisitions nécessaires, suivre, soutenir et mettre à fin l'accusation devant le sénat ». L'acte de mise en accusation voté par la chambre serait transmis au sénat, qui, par une résolution, se constituerait en haute cour de justice. V. l'exposé détaillé de la procédure suivie en 1830 pour le procès des ministres de Charles X, Pierre, *loc. cit.*, 2[e] édit., 1902, p. 725 et suiv.

Procédure au cas où le sénat est constitué en haute cour de justice par un décret pour connaître d'un crime d'attentat à la sûreté de l'Etat. — C'est la seule hypothèse dans laquelle s'applique la loi du 10 avril 1889. Les auteurs de cette loi (cf. le rapport précité de M. Morellet) ont eu pour but de calquer la procédure qu'ils établissaient sur la procédure criminelle de droit commun et d'assurer aux accusés devant le sénat toutes les garanties que le code d'instruction criminelle assure aux accusés devant la cour d'assises. Cette loi contient même un art. 32 ainsi conçu : « Les dispositions du code d'inst. crim. et de toutes autres lois générales d'instruction criminelle qui ne sont pas contraires à la présente loi sont appliquées à la procédure, *s'il n'en est autrement ordonné par le sénat* ». La partie finale de cet article n'est pas sans nous surprendre, et nous n'en apercevons pas une justification possible. Les règles de procédure sont la garantie des justiciables ; le législateur les impose aux

tribunaux ; et il ne peut leur laisser la liberté de les appliquer ou non.

Le sénat est constitué par un décret qui fixe le jour et le lieu de sa première réunion. Mais le sénat reste toujours libre de fixer le lieu où il tiendra ses audiences (L. 10 avril 1889, art. 1, et L. 22 juillet 1879, art. 3, § 3). La promulgation de ce décret oblige tous les sénateurs élus antérieurement à se rendre à la convocation qu'il renferme à moins qu'ils n'aient des motifs d'excuse, qui seront appréciés par le sénat. Les sénateurs élus postérieurement au décret de convocation ne peuvent point connaître des faits en vue desquels le sénat est constitué en haute cour de justice (L. 1889, art. 2).

C'est au président de la république qu'il appartient d'instituer un ministère public : à cet effet, il doit nommer parmi les membres des cours d'appel ou de la cour de cassation un magistrat chargé des fonctions de procureur général près la haute cour, et un ou plusieurs magistrats chargés de l'assister comme substituts. En 1889 et en 1899, c'est le procureur général près la cour de Paris qui a été chargé des fonctions de procureur général près la haute cour (L. 1889, art. 3).

La haute cour a besoin d'un greffier et d'huissiers. A ce sujet, l'art. 4 de la loi de 1889 dispose : « Le secrétaire général de la présidence du sénat remplit les fonctions de greffier. Il peut être assisté de commis-greffiers assermentés nommés par le président du sénat. Les actes de la procédure sont signifiés par les huissiers des cours et tribunaux. Les huissiers du sénat remplissent pour le service d'ordre intérieur les fonctions d'huissiers audienciers (art. 4).

Le législateur de 1889 a prévu le cas où l'instruction du crime d'attentat à la sûreté de l'Etat aurait été commencée par la justice ordinaire. Dans cette hypothèse, toutes les pièces de l'information commencée doivent être envoyées au procureur général près la haute cour. Mais les magistrats qui ont commencé l'information doivent continuer à recueillir les indices et les preuves jusqu'à ce que le sénat ait ordonné qu'il soit procédé devant lui (art. 5).

Le sénat ainsi constitué en haute cour par un décret tient une première séance où il entend lecture du décret, le réquisitoire du procureur général et où il ordonne qu'il sera procédé à l'instruction.

Commission d'instruction. — L'instruction est faite par une commission de neuf sénateurs qui prononce aussi sur la mise en accusation. Le législateur n'a pas voulu, très justement, que cette commission fût élue au moment où le sénat est déjà saisi et en vue d'une affaire déterminée. Elle doit être élue chaque année, en séance publique et sans débat, au début de la session ordinaire. Outre les neuf sénateurs titulaires, le sénat doit élire de la même manière cinq sénateurs suppléants. La commission d'instruction nomme son président (L. 10 avril 1889, art. 6 et 7).

Le président de la commission d'instruction, dès que le sénat a ordonné l'instruction, y procède. Il est assisté et suppléé au besoin

par les membres de la commission désignés par elle. Il est investi des pouvoirs attribués par le code d'inst. criminelle au juge d'instruction. Il peut décerner un mandat d'arrêt sans qu'il soit besoin de réquisition du ministère public; mais il ne peut rendre d'ordonnance. C'est la commission elle-même, qui, après communication au ministère public, statue sur la demande de mise en liberté provisoire. La commission statue sans recours (L. 1889, art. 8).

Au procès Déroulède, en 1899, la haute-cour, le 18 septembre 1899, par l'arrêt même qui ordonnait l'instruction, décidait que la loi du 8 décembre 1897 relative à l'instruction contradictoire serait applicable à l'instruction faite par la commission sénatoriale. Si elle n'avait rien dit, la loi de 1897 eût été applicable en vertu de l'art. 39 précité de la loi de 1889. En le décidant expressément, le sénat écartait toute difficulté.

Aussitôt que l'instruction est terminée, le président de la commission remet le dossier au procureur général, qui le lui rend avec ses réquisitions écrites. Communication est donnée aux conseils des inculpés par la voie du greffe, où le dossier doit demeurer déposé au moins pendant trois jours. Après l'expiration de ce délai, au jour fixé par son président la commission se réunit sous le nom de *chambre d'accusation*, et entend, en présence du procureur général, la lecture du rapport sur l'instruction, présenté par le président ou l'un des assesseurs désignés par la commission, des réquisitions écrites du procureur général, des mémoires fournis par les inculpés. Après que le procureur général s'est retiré, la chambre d'accusation statue sur la mise en accusation, par décision spéciale pour chaque inculpé, sur chaque chef d'accusation. L'arrêt est rendu en chambre du conseil ; il y est fait mention des sénateurs qui y ont concouru, et il doit être signé par eux. Il contient une ordonnance de prise de corps (L. 10 avril 1889, art. 9-12).

La décision de la commission d'instruction statuant comme *chambre d'accusation* est-elle susceptible d'une voie de recours? En 1899, la question a été soulevée par un accusé dont l'opposition fut formée au greffe de la prison, notifiée au président de la haute cour et au ministère public. La haute cour a déclaré cette opposition non recevable par un arrêt du 15 novembre 1899. Elle a bien jugé. La loi de 1889 ne donne aucune voie de recours. Il ne peut être question évidemment du recours en annulation donné dans certains cas par l'art. 399 du code d'inst. crim. contre les arrêts de la chambre des mises en accusation; ce recours est porté devant la cour de cassation (art. 300 C. inst. crim.). Cf. Moreau, *Revue du droit public,* 1902, II, p. 478.

Le jugement. — L'instruction achevée, la mise en accusation prononcée, on arrive au jugement. Le procureur général rédige l'acte d'accusation, exposant la nature des faits qui forment la base de l'accusation. L'arrêt de mise en accusation et l'acte d'accusation sont notifiés aux accusés trois jours au moins avant le jour de l'au-

dience ; il en est laissé copie à chacun d'eux, avec citation à comparaître devant la cour au jour fixé par le président du sénat (L. 10 avril 1889, art. 13 et 14).

Au jour fixé, les débats sont ouverts ; ils doivent être publics. Ils sont présidés par le président du sénat et, au cas d'empêchement, par un des vice-présidents désigné par le sénat (L. 1889, art. 15). Les membres de la commission d'instruction ne peuvent y participer s'ils sont récusés par la défense (art. 16, § 3).

C'est la seule cause de récusation ; et c'est ce que la haute cour a très justement décidé dans son arrêt du 19 novembre 1899, rendu sur les conclusions d'un accusé qui invoquait l'art. 542 du code d'inst. crim., qui évidemment est inapplicable. Au reste les articles 27-31 de la loi de 1889 excluent naturellement toute possibilité de récusation en réglant d'une manière très précise tous les cas où la question de récusation aurait pu se poser : les voix de tous les sénateurs sont comptées, quel que soit le degré de parenté ou d'alliance existant entre eux ; tout sénateur est tenu de s'abstenir, s'il est parent ou allié de l'un des inculpés jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement, ou s'il a été entendu dans l'instruction ; mais si, ayant été cité comme témoin, il a déclaré n'avoir aucun témoignage à fournir, il devra concourir à tous les arrêts et décisions ; tout sénateur qui croit avoir des motifs de s'abstenir, indépendamment de ceux qui viennent d'être mentionnés, doit les déclarer au sénat, qui prononce sur son abstention en chambre du conseil ; et il est tenu de siéger si les motifs d'abstention ne sont pas reconnus valables. Les sénateurs membres du gouvernement ne prennent part ni à la délibération ni au vote sur la culpabilité (L. 1889, art. 27-30).

Aux termes de l'art. 16, §§ 1 et 2, au commencement de chaque audience, il est procédé à l'appel nominal. Les sénateurs qui n'auront pas été présents à toutes les audiences ne pourront pas concourir au jugement. L'application de cette disposition au procès Déroulède en 1899 a soulevé plusieurs questions.

D'abord à l'audience du 9 novembre 1899, la défense a demandé l'exclusion des sénateurs qui n'avaient pas été présents à la séance du 18 septembre où avait été donnée lecture du décret de constitution de la haute cour, du réquisitoire du procureur général et où le sénat avait ordonné qu'il serait procédé à l'instruction. La défense tirait argument du § 2 de l'art. 16 : « Les sénateurs qui n'auront pas été présents à toutes les audiences ne pourront pas concourir au jugement ». La haute cour fit droit à ces conclusions « attendu que ce texte (art. 16, § 2) est absolu et s'applique aussi bien aux audiences qui précèdent l'arrêt qui ordonne des mesures d'instruction qu'à celles où il est procédé aux débats sur le fond ». Les critiques que M. Moreau adresse à cette décision ne nous paraissent pas justes (*Revue du droit public*, 1902, II, p. 479).

Assurément, le sénateur qui n'aurait pas répondu à l'appel fait au

début d'une audience, conformément à l'art. 16, § 1, ne pourrait pas participer au jugement. Mais doit-il en être de même du sénateur qui a quitté l'audience pendant un moment? — La solution affirmative n'est pas douteuse. Le membre d'un tribunal, d'une juridiction quelconque, d'un jury qui aurait quitté l'audience, ne fût-ce que quelques secondes, ne peut pas participer au jugement. C'est un principe incontestable. Il doit s'appliquer aux membres de la haute cour. — Cependant la haute cour, par un arrêt du 20 décembre 1899, a décidé que « si cet article (l'art. 16) a imposé aux membres de la haute cour d'être présents à toutes les audiences pour pouvoir concourir au jugement, il ne renferme aucune décision permettant d'exclure des délibérations un juge qui, au cours d'une audience, se serait momentanément absenté ». M. Moreau (*Revue du droit public*, 1902, II, p. 485) critique très justement cet arrêt. M. Esmein (*Note* dans Sirey, 1901, II, p. 25), au contraire, l'approuve; d'après lui, il est tout naturel que les sénateurs-juges n'assistent point à toute l'audience, et c'est la défense qui a eu grand tort de demander que ses clients ne fussent pas jugés par des juges qui n'avaient pas assisté à tous les débats.

A cette disposition de l'art. 16, §§ 1 et 2 se rattache la question de savoir si les sénateurs qui sont atteints par le renouvellement triennal au cours du procès peuvent continuer à siéger jusqu'au jugement malgré l'expiration de leur mandat sénatorial. La question s'est posée en 1899 pendant le procès Déroulède; elle n'a pas été discutée devant la haute cour, mais devant le sénat assemblée législative, le 23 décembre 1899. En fait, aucune solution n'a été donnée. A notre avis, le sénateur dont le mandat sénatorial est expiré ne peut certainement pas participer au jugement. Sans doute, il est de principe que la constitution d'un tribunal est acquise à l'accusé du jour où a commencé son procès; mais, comme le faisait observer M. Guérin, la qualité de membre de la haute cour est absolument solidaire de la qualité de sénateur, et, par conséquent, celui qui cesse de faire partie du sénat cesse par là même de faire partie de la haute cour. Sans doute, la constitution d'un tribunal reste acquise au justiciable, mais encore faut-il que les membres de ce tribunal conservent la qualité même en vertu de laquelle ils font partie de ce tribunal, et les membres de la haute cour qui cessent d'être sénateurs cessent par là même de faire partie de la haute cour. Sans doute, le sénat sera réduit alors d'un tiers, mais c'est toujours le sénat constitué en haute cour, tant qu'y siègent la moitié plus une au moins de la totalité des sénateurs qui ont le droit d'y prendre part (L. 10 avril 1889, art. 25); cf. cependant *contra* Moreau, *loc. cit.*, p. 487.

Les sénateurs dont le mandat est arrivé à expiration pendant un procès, qui ont été réélus et qui n'ont manqué aucune audience, peuvent-ils prendre part au jugement? La haute cour a décidé très justement que non. En effet, l'art. 2, § 3 de la loi du 10 avril 1889

dit : « Les sénateurs élus postérieurement au décret de convocation ne pourront connaître des faits incriminés ». Ce texte ne distingue pas entre les sénateurs élus pour la première fois et les sénateurs réélus.

Les audiences de la haute cour sont publiques ; on a déjà dit qu'on appliquait les règles du droit commun sur la publicité des audiences. Les accusés sont interrogés, les témoins sont entendus ; le représentant du ministère public fait son réquisitoire ; on entend les plaidoiries des avocats et les observations des accusés ; l'accusé ou le défenseur devant toujours avoir la parole le dernier. Au cours des débats la haute cour peut statuer sur toutes les exceptions soulevées sur la question d'incompétence ; elle peut la juger d'office. Elle peut, si elle le juge bon, renvoyer à statuer sur ces exceptions en même temps que sur le fond (L. 10 avril 1889, art. 17 et 18).

Après que la clôture des débats a été prononcée, l'audience publique cesse et la haute cour se retire en chambre du conseil pour délibérer. La discussion s'ouvre sur les questions de culpabilité et sur l'admission des circonstances atténuantes. Sur chaque question relative à la culpabilité et sur la question des circonstances atténuantes, il est voté séparément pour chaque accusé sur chaque chef d'accusation ; le vote a lieu par appel nominal en suivant l'ordre alphabétique, le sort désignant la lettre par laquelle on commence. Les sénateurs votent à haute voix ; le président vote le dernier (L. 10 avril 1889, art. 19 et 20).

Si l'accusé est reconnu coupable, il lui est donné connaissance en séance publique de la décision de la cour. Alors le représentant du ministère public prend ses réquisitions tendant à l'application de la peine. Les accusés et leurs défenseurs ont la parole sur l'application de la peine conformément à l'art. 363 du code d'inst. crim. (L. 1889, art. 20). Le sénat, en chambre du conseil, délibère sur la peine. Chaque sénateur est appelé à voter dans la forme précédemment indiquée. Mais le législateur a établi cependant une règle spéciale en faveur de l'accusé, formulée ainsi dans l'art. 22, § 2 : « Si après deux tours de vote, aucune peine n'a réuni la majorité des voix, il est procédé à un troisième tour dans lequel la peine la plus forte proposée au tour précédent est écartée de la délibération. Si à ce troisième tour aucune peine n'a encore réuni la majorité absolue des voix, il est procédé à un quatrième tour et ainsi de suite, en continuant à écarter la peine la plus forte, jusqu'à ce qu'une peine soit prononcée par la majorité absolue des votants ».

L'arrêt définitif est lu en audience publique par le président ; il est notifié sans délai par le greffier à l'accusé. Aucun arrêt ou décision ne peut être rendu qu'avec le concours de la moitié plus un au moins de la totalité des sénateurs qui ont droit d'y prendre part. Il n'est susceptible d'aucun recours. Si l'arrêt est rendu par contumace, l'accusé a évidemment le droit de purger sa contumace dans les termes du droit commun (C. inst. crim., art. 476). Mais il n'y a

point là un recours. Tous les arrêts de la haute cour doivent être motivés. Ils sont rédigés par le président, adoptés par la cour en chambre du conseil, et prononcés en audience publique. Ils font mention des sénateurs qui y ont concouru. Ils sont signés par le président et le greffier.

Il doit être tenu procès-verbal de toutes les audiences de la cour ; le procès-verbal est signé par le président et le greffier.

V. les formules des divers arrêts prononcés par la haute cour dans le procès de 1899, Pierre, *loc. cit.*, 2e édit., 1902, p. 759 et 760. Outre les auteurs cités précédemment, cons. Cauchy, *Les présidents de la chambre des pairs ;* Lair, *Les hautes cours de justice*, 1890 ; Grésille, *Les hautes cours de justice en France, Revue politique et parlem.*, novembre 1899, p. 396; *Exposé des motifs* et proposition de loi de M. Brunet, 27 décembre 1904, *J. off., débats parlem.*, chambre, 1904, sess. extraord., p. 501. Cf. aussi l'intéressante note de M. Esmein critiquant très justement l'arrêt de la haute cour du 24 juin 1901 décidant que M. de Lur-Saluces, purgeant sa contumace, comparaîtrait devant la haute cour avec la même composition que celle qu'elle avait quand elle prononça, le 4 janvier 1900, la condamnation par contumace (S., 1902, II, p. 257).

CHAPITRE III

LE GOUVERNEMENT

135. Structure complexe du gouvernement. — Le gouvernement est le second organe de l'Etat. Dans le régime parlementaire les deux organes collaborent à toutes les fonctions de l'Etat et exercent l'un sur l'autre une action réciproque. Le gouvernement comme le parlement participe à toutes les fonctions de l'Etat. Mais il y participe d'une manière différente à cause de sa structure propre. Le gouvernement est souvent appelé le pouvoir exécutif; et l'on oppose le pouvoir exécutif au pouvoir législatif qui serait le parlement. Les deux expressions sont inexactes et pour les mêmes raisons (cf. § 58).

Des deux organisations possibles du gouvernement républicain (cf. § 59), la constitution de 1875 a adopté celle dans laquelle un chef d'Etat, président de la république, irresponsable politiquement, est titulaire de toutes les attributions qu'exercent les ministres sous leur responsabilité. Ce système complexe destiné à assurer à la fois la stabilité du gouvernement et sa responsabilité devant le parlement a parfaitement réussi dans les pays monarchiques (cf. § 58). Les auteurs de la constitution de 1875 le leur ont emprunté; seulement, au lieu de faire un roi héréditaire chef d'Etat, ils ont créé un président de la république, avec le caractère de chef d'Etat, élu pour sept ans par les deux chambres réunies en congrès. Mais ainsi le

système ne pouvait plus fonctionner normalement (cf. § 62). Il est toujours cependant celui du droit écrit.

Cons. sur les gouvernements républicains le beau livre de M. Barthélemy, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes*, 1907.

A. *Le président de la république.*

136. Nomination du président de la république. — L'art. 2 de la loi const. du 15 février 1875 porte : « Le président de la république est élu à la majorité absolue des suffrages par le sénat et par la chambre des députés réunis en assemblée nationale. Il est nommé pour sept ans. Il est rééligible ».

Pour les conditions dans lesquelles a été voté à une voix de majorité (353 voix contre 352), le 30 janvier 1875, ce texte qui consacre implicitement la république, cf. Duguit et Monnier, *La constitution de la France, Notices historiques*, p. CXLV et suiv.

Les deux chambres se réunissent en assemblée nationale pour procéder à la nomination du président de la république à Versailles, dans la salle où se réunissait jusqu'en 1879 la chambre des députés (L. 22 juillet 1879, art. 3, § 2). L'assemblée nationale réunie pour procéder à l'élection du président, comme celle qui revise la constitution, est présidée par le président du sénat, à son défaut par un des vice-présidents du sénat, assisté des secrétaires du sénat (L. const. 16 juillet 1875, art. 11, § 2, cf. *infra*, § 149).

Le président du sénat, alors même qu'il est candidat à la présidence de la république, peut présider l'assemblée nationale; mais s'il est élu il ne proclame pas le résultat. C'est ainsi qu'au mois de février 1899 et au mois de janvier 1906 quand ont été élus présidents de la république M. Loubet et M. Fallières, l'un et l'autre présidents du sénat; le résultat du scrutin a été proclamé par un des vice-présidents du sénat.

Les membres de l'assemblée nationale reçoivent à domicile des convocations individuelles. Elles leur sont adressées au nom du président de l'assemblée nationale par ordre de leurs présidents respectifs. Tous les membres proclamés par la commission de recensement, alors même qu'ils ne soient pas validés, ont le droit de siéger à l'assemblée nationale; et les membres qui font leur ser-

vice militaire sont libérés pour pouvoir prendre part à l'élection (L. 20 juillet 1895, art. 31, § 2). Cf. §§ 116 et 118.

L'assemblée nationale procédant à l'élection du président de la république est un collège électoral uniquement; elle ne peut pas délibérer. Il y a lieu d'appliquer ici l'art. 132 de la const. de l'an III : « Le pouvoir exécutif est délégué à un directoire de cinq membres nommé par le corps législatif, *faisant alors fonction d'assemblée électorale au nom de la nation* ». De cet article il faut rapprocher l'art. 10 du décret règl. du 2 février 1852 : « Les collèges électoraux ne peuvent s'occuper que de l'élection pour laquelle ils sont réunis. Toutes discussions, toutes délibérations leur sont interdites ». L'assemblée nationale procédant à l'élection du président de la république est uniquement un collège électoral ; elle ne peut donc sous aucun prétexte délibérer.

Il appartient au président de l'assemblée nationale d'assurer l'application de cette règle. Il ne devra accorder la parole à qui que ce soit, ne laisser aucun des membres aborder la tribune et passer outre à toutes les propositions ou demandes qui seront faites. Parfois les présidents de l'assemblée nationale ont fait garder par des huissiers les abords de la tribune. Si en fait une proposition était formulée, nous croyons que le président ne devrait même pas poser la question préalable ; car la poser c'est admettre la possibilité d'une discussion. Il devrait faire comme si aucune proposition n'avait été formulée.

La loi constitutionnelle (L. 25 février 1875, art. 2) exige que le président soit élu à la *majorité absolue*. Par conséquent il faudra voter indéfiniment jusqu'à ce que l'un des candidats ait obtenu la majorité absolue. Rien ne s'opposerait d'ailleurs, à notre avis, à ce que, dans une première journée, aucun candidat n'ayant obtenu la majorité absolue, la suite de l'élection fût remise par le président au lendemain. Il n'appartiendrait pas à l'assemblée de décider qu'après un certain nombre de tours la majorité relative suffirait.

Le vote a lieu à la tribune par appel nominal ; avant le vote, il est procédé au tirage au sort de 36 scrutateurs chargés de procéder au dépouillement des bulletins. Les noms des membres qui ont pris part au vote et de ceux qui n'ont pas répondu à l'appel nominal sont insérés au *J. off.*, avec leurs excuses. Immédiatement après la proclamation du scrutin, lecture est donnée du procès-verbal de la séance, mais après que le président a déclaré close la session de l'assemblée nationale (séance de l'assemblée nationale du 17 janvier 1906, qui a procédé à l'élection de M. Fallières). Tout membre peut

faire une rectification ; mais si le membre s'écarte de la rectification, le président doit lui retirer la parole.

Le président du conseil des miuistres fait part à l'élu de son élection à la présidence de la république, en présence des présidents des chambres. Cette communication ne peut avoir lieu qu'après la séparation de l'assemblée. En même temps que cette communication, il y a parfois transmission des pouvoirs (Cf. *infra*).

Ni les lois constitutionnelles, ni les lois ordinaires n'ont exigé de conditions spéciales pour être président de la république. La constitution de 1848 (art. 44) exigeait que le président fût né Français, n'eût jamais cessé de l'être et fût âgé de trente ans. Aucune règle de ce genre n'existe aujourd'hui : il suffit donc d'avoir la jouissance de ses droits civiques et politiques.

La seule cause spéciale d'inéligibilité établie par nos lois est inscrite dans la loi const. du 14 août 1884, art. 2, § 2 : « Les membres des familles ayant régné sur la France sont inéligibles à la présidence de la république ». On voit aisément la raison qui a inspiré cette disposition. Rap. L. 22 juin 1886.

Les fonctions de président de la république, comme toute fonction publique en principe, sont incompatibles avec le mandat de sénateur et de député. Cf. § 110.

Le président de la république est nommé pour sept ans. Il est indéfiniment rééligible. La durée de sept années commence à courir du jour où il entre en fonction, jour qui peut (cf. *infra*) ne pas coïncider avec le jour où il est nommé.

On a quelquefois critiqué la possibilité de la réélection, en disant qu'il serait contraire aux vrais principes démocratiques qu'un président restât au pouvoir pendant un temps indéfini. Nous ne croyons pas que la critique soit juste. Il peut y avoir grand intérêt, pour la continuité et la stabilité de la politique, surtout de la politique extérieure, à ce que le même président conserve le pouvoir pendant de longues années ; et la périodicité septennale de l'élection empêche assurément que le président n'acquière un pouvoir personnel.

M. le président Grévy avait été réélu le 28 décembre 1885 après l'expiration d'une première période septennale ; mais il fut obligé de donner sa démission deux ans après, au mois de novembre 1887. MM. les présidents maréchal de Mac Mahon, Carnot, Casimir-Pe-

vice militaire sont libérés pour pouvoir prendre part à l'élection (L. 20 juillet 1895, art. 31, § 2). Cf. §§ 116 et 118.

L'assemblée nationale procédant à l'élection du président de la république est un collège électoral uniquement; elle ne peut pas délibérer. Il y a lieu d'appliquer ici l'art. 132 de la const. de l'an III: « Le pouvoir exécutif est délégué à un directoire de cinq membres nommé par le corps législatif, *faisant alors fonction d'assemblée électorale au nom de la nation* ». De cet article il faut rapprocher l'art. 10 du décret règl. du 2 février 1852 : « Les collèges électoraux ne peuvent s'occuper que de l'élection pour laquelle ils sont réunis. Toutes discussions, toutes délibérations leur sont interdites ». L'assemblée nationale procédant à l'élection du président de la république est uniquement un collège électoral ; elle ne peut donc sous aucun prétexte délibérer.

Il appartient au président de l'assemblée nationale d'assurer l'application de cette règle. Il ne devra accorder la parole à qui que ce soit, ne laisser aucun des membres aborder la tribune et passer outre à toutes les propositions ou demandes qui seront faites. Parfois les présidents de l'assemblée nationale ont fait garder par des huissiers les abords de la tribune. Si en fait une proposition était formulée, nous croyons que le président ne devrait même pas poser la question préalable; car la poser c'est admettre la possibilité d'une discussion. Il devrait faire comme si aucune proposition n'avait été formulée.

La loi constitutionnelle (L. 25 février 1875, art. 2) exige que le président soit élu à la *majorité absolue*. Par conséquent il faudra voter indéfiniment jusqu'à ce que l'un des candidats ait obtenu la majorité absolue. Rien ne s'opposerait d'ailleurs, à notre avis, à ce que, dans une première journée, aucun candidat n'ayant obtenu la majorité absolue, la suite de l'élection fût remise par le président au lendemain. Il n'appartiendrait pas à l'assemblée de décider qu'après un certain nombre de tours la majorité relative suffirait.

Le vote a lieu à la tribune par appel nominal; avant le vote, il est procédé au tirage au sort de 36 scrutateurs chargés de procéder au dépouillement des bulletins. Les noms des membres qui ont pris part au vote et de ceux qui n'ont pas répondu à l'appel nominal sont insérés au *J. off.*, avec leurs excuses. Immédiatement après la proclamation du scrutin, lecture est donnée du procès-verbal de la séance, mais après que le président a déclaré close la session de l'assemblée nationale (séance de l'assemblée nationale du 17 janvier 1906, qui a procédé à l'élection de M. Fallières). Tout membre peut

faire une rectification ; mais si le membre s'écarte de la rectification, le président doit lui retirer la parole.

Le président du conseil des ministres fait part à l'élu de son élection à la présidence de la république, en présence des présidents des chambres. Cette communication ne peut avoir lieu qu'après la séparation de l'assemblée. En même temps que cette communication, il y a parfois transmission des pouvoirs (Cf. *infra*).

Ni les lois constitutionnelles, ni les lois ordinaires n'ont exigé de conditions spéciales pour être président de la république. La constitution de 1848 (art. 44) exigeait que le président fût né Français, n'eût jamais cessé de l'être et fût âgé de trente ans. Aucune règle de ce genre n'existe aujourd'hui : il suffit donc d'avoir la jouissance de ses droits civiques et politiques.

La seule cause spéciale d'inéligibilité établie par nos lois est inscrite dans la loi const. du 14 août 1884, art. 2, § 2 : « Les membres des familles ayant régné sur la France sont inéligibles à la présidence de la république ». On voit aisément la raison qui a inspiré cette disposition. Rap. L. 22 juin 1886.

Les fonctions de président de la république, comme toute fonction publique en principe, sont incompatibles avec le mandat de sénateur et de député. Cf. § 110.

Le président de la république est nommé pour sept ans. Il est indéfiniment rééligible. La durée de sept années commence à courir du jour où il entre en fonction, jour qui peut (cf. *infra*) ne pas coïncider avec le jour où il est nommé.

On a quelquefois critiqué la possibilité de la réélection, en disant qu'il serait contraire aux vrais principes démocratiques qu'un président restât au pouvoir pendant un temps indéfini. Nous ne croyons pas que la critique soit juste. Il peut y avoir grand intérêt, pour la continuité et la stabilité de la politique, surtout de la politique extérieure, à ce que le même président conserve le pouvoir pendant de longues années; et la périodicité septennale de l'élection empêche assurément que le président n'acquière un pouvoir personnel.

M. le président Grévy avait été réélu le 28 décembre 1885 après l'expiration d'une première période septennale; mais il fut obligé de donner sa démission deux ans après, au mois de novembre 1887. MM. les présidents maréchal de Mac Mahon, Carnot, Casimir-Pe-

vice militaire sont libérés pour pouvoir prendre part à l'élection (L. 20 juillet 1895, art. 31, § 2). Cf. §§ 116 et 118.

L'assemblée nationale procédant à l'élection du président de la république est un collège électoral uniquement; elle ne peut pas délibérer. Il y a lieu d'appliquer ici l'art. 132 de la const. de l'an III : « Le pouvoir exécutif est délégué à un directoire de cinq membres nommé par le corps législatif, *faisant alors fonction d'assemblée électorale au nom de la nation* ». De cet article il faut rapprocher l'art. 10 du décret règl. du 2 février 1852 : « Les collèges électoraux ne peuvent s'occuper que de l'élection pour laquelle ils sont réunis. Toutes discussions, toutes délibérations leur sont interdites ». L'assemblée nationale procédant à l'élection du président de la république est uniquement un collège électoral ; elle ne peut donc sous aucun prétexte délibérer.

Il appartient au président de l'assemblée nationale d'assurer l'application de cette règle. Il ne devra accorder la parole à qui que ce soit, ne laisser aucun des membres aborder la tribune et passer outre à toutes les propositions ou demandes qui seront faites. Parfois les présidents de l'assemblée nationale ont fait garder par des huissiers les abords de la tribune. Si en fait une proposition était formulée, nous croyons que le président ne devrait même pas poser la question préalable; car la poser c'est admettre la possibilité d'une discussion. Il devrait faire comme si aucune proposition n'avait été formulée.

La loi constitutionnelle (L. 25 février 1875, art. 2) exige que le président soit élu à la *majorité absolue*. Par conséquent il faudra voter indéfiniment jusqu'à ce que l'un des candidats ait obtenu la majorité absolue. Rien ne s'opposerait d'ailleurs, à notre avis, à ce que, dans une première journée, aucun candidat n'ayant obtenu la majorité absolue, la suite de l'élection fût remise par le président au lendemain. Il n'appartiendrait pas à l'assemblée de décider qu'après un certain nombre de tours la majorité relative suffirait.

Le vote a lieu à la tribune par appel nominal; avant le vote, il est procédé au tirage au sort de 36 scrutateurs chargés de procéder au dépouillement des bulletins. Les noms des membres qui ont pris part au vote et de ceux qui n'ont pas répondu à l'appel nominal sont insérés au *J. off.*, avec leurs excuses. Immédiatement après la proclamation du scrutin, lecture est donnée du procès-verbal de la séance, mais après que le président a déclaré close la session de l'assemblée nationale (séance de l'assemblée nationale du 17 janvier 1906, qui a procédé à l'élection de M. Fallières). Tout membre peut

faire une rectification ; mais si le membre s'écarte de la rectification, le président doit lui retirer la parole.

Le président du conseil des miuistres fait part à l'élu de son élection à la présidence de la république, en présence des présidents des chambres. Cette communication ne peut avoir lieu qu'après la séparation de l'assemblée. En même temps que cette communication, il y a parfois transmission des pouvoirs (Cf. *infra*).

Ni les lois constitutionnelles, ni les lois ordinaires n'ont exigé de conditions spéciales pour être président de la république. La constitution de 1848 (art. 44) exigeait que le président fût né Français, n'eût jamais cessé de l'être et fût âgé de trente ans. Aucune règle de ce genre n'existe aujourd'hui : il suffit donc d'avoir la jouissance de ses droits civiques et politiques.

La seule cause spéciale d'inéligibilité établie par nos lois est inscrite dans la loi const. du 14 août 1884, art. 2, § 2 : « Les membres des familles ayant régné sur la France sont inéligibles à la présidence de la république ». On voit aisément la raison qui a inspiré cette disposition. Rap. L. 22 juin 1886.

Les fonctions de président de la république, comme toute fonction publique en principe, sont incompatibles avec le mandat de sénateur et de député. Cf. § 110.

Le président de la république est nommé pour sept ans. Il est indéfiniment rééligible. La durée de sept années commence à courir du jour où il entre en fonction, jour qui peut (cf. *infra*) ne pas coïncider avec le jour où il est nommé.

On a quelquefois critiqué la possibilité de la réélection, en disant qu'il serait contraire aux vrais principes démocratiques qu'un président restât au pouvoir pendant un temps indéfini. Nous ne croyons pas que la critique soit juste. Il peut y avoir grand intérêt, pour la continuité et la stabilité de la politique, surtout de la politique extérieure, à ce que le même président conserve le pouvoir pendant de longues années; et la périodicité septennale de l'élection empêche assurément que le président n'acquière un pouvoir personnel.

M. le président Grévy avait été réélu le 28 décembre 1885 après l'expiration d'une première période septennale; mais il fut obligé de donner sa démission deux ans après, au mois de novembre 1887. MM. les présidents maréchal de Mac Mahon, Carnot, Casimir-Pe-

rier et Félix Faure n'arrivèrent pas au terme légal de leur pouvoir. M. le président Loubet n'a point accepté une réélection, et M. le président Fallières lui a succédé au mois de février 1906. Il semble que par là M. le président Loubet a créé un précédent qui sera suivi par ses successeurs. V. la déclaration de M. Fallières, dans les *Lectures pour tous*, mars 1906.

Aux Etats-Unis, le président de la république est élu au suffrage populaire à deux degrés, avec mandat impératif donné aux électeurs secondaires par les électeurs primaires. Il est élu pour quatre ans. S'est introduit l'usage devenu aujourd'hui une véritable règle de droit que le président ne peut être réélu qu'une fois et ne peut ainsi rester au pouvoir que huit années au maximum.

En France, d'après la const. de 1848 (art. 45), le président était élu pour quatre ans et n'était rééligible qu'après un intervalle de quatre années.

Le cas d'expiration régulière des pouvoirs septennaux du président de la république a été prévu par l'art. 3, § 1 et 2 de la loi const. du 16 juillet 1874 : « Un mois au moins avant le terme légal des pouvoirs du président de la république, les chambres devront être réunies en assemblée nationale pour procéder à l'élection du nouveau président. A défaut de convocation, cette réunion aurait lieu de plein droit le quinzième jour avant l'expiration de ces pouvoirs ».

C'est conformément à ce texte que par un décret du 12 janvier 1906 le sénat et la chambre des députés ont été appelés à se réunir le 17 janvier 1906 pour procéder à l'élection du président de la république. M. Loubet avait été élu président de la république le 18 février 1899. Le président du sénat s'est borné à fixer l'heure de la réunion. Si le gouvernement n'avait pas fait cette convocation, le président du sénat aurait dû convoquer l'assemblée nationale le quinzième jour précédant le 18 février 1906.

Le législateur, par ces dispositions, a voulu éviter qu'il y eût un interrègne présidentiel. Et en effet le nouveau président sera élu au moins 15 jours avant l'expiration des pouvoirs du président en exercice. Mais il n'entrera en fonctions qu'au moment où les pouvoirs du président en exercice arriveront à expiration, soit que celui-ci achève jusqu'au bout la durée de ses pouvoirs, soit qu'il meure ou démissionne auparavant, son successeur étant déjà nommé. Cette situation a été très nettement réglée par la manière dont M. Antonin Dubost, vice-président du sénat, présidant l'assemblée nationale du 17 janvier 1906, a proclamé l'élection de M. Fallières : « M. Fallières ayant obtenu la majorité absolue des suffrages, je le proclame président de la république pour sept ans *à partir du jour où prendra fin le mandat du président en exer-*

cice ». Ainsi la durée de sept ans commence non du jour de l'élection, mais du jour où le président entre en fonctions.

En pareil cas il faut qu'il y ait transmission des pouvoirs du président ancien au nouveau. Pour la première fois en 1906 cette situation s'est présentée. On a procédé d'une manière très simple à la transmission des pouvoirs, le 18 février 1906. On lit en effet au *Journal officiel* du 19 février : « Le dimanche 18 février 1906, à 4 heures, s'est effectuée au palais de l'Elysée la remise des pouvoirs présidentiels. M. Loubet, entouré des ministres et en présence des présidents et des bureaux du sénat et de la chambre des députés, en transmettant à M. Fallières les pouvoirs qui lui avaient été confiés le 18 février 1899, conformément à la constitution, s'est exprimé ainsi (suit le discours de M. Loubet). M. Fallières a répondu (suit le discours de M. Fallières) ».

Le cas où la présidence devient vacante par décès ou toute autre cause avant l'expiration des sept années est prévu par l'art. 7 de la loi const. du 25 février 1875 et l'art. 3 §§ 3 et 4 de la loi const. du 16 juillet 1894 : « En cas de vacance par décès ou pour toute autre cause, les deux chambres réunies procèdent immédiatement à l'élection d'un nouveau président. Dans l'intervalle le conseil des ministres est investi du pouvoir exécutif. En cas de décès ou de démission du président de la république, les deux chambres se réunissent immédiatement et de plein droit. Dans le cas où la chambre des députés se trouverait dissoute... les collèges électoraux seraient aussitôt convoqués et le sénat se réunirait de plein droit ». Cf. § 117. Dans cette hypothèse, il appartient au président du sénat, en sa qualité de président de l'assemblée nationale, d'en convoquer les membres, au jour le plus rapproché possible du jour où la vacance de la présidence s'est produite. En fait, il agit d'accord avec le conseil des ministres; mais le conseil des ministres ne serait point compétent pour faire la convocation.

Les chambres doivent se réunir *immédiatement* en assemblée nationale ; cela veut dire le plus tôt possible. Il est matériellement impossible qu'elles se réunissent immédiatement. De ce mot *immédiatement*, employé par la loi constitutionnelle, il ne faut point conclure, à notre avis, que, du moment où la vacance se produit jusqu'à l'élection du nouveau président, les chambres cessent d'être assemblées législatives pour devenir corps électoral et ne puissent

recevoir ni voter une proposition. Cette solution donnée par M. Pierre (*Droit polit. et parlem.*, 2e édit., 1902, p. 260) est inadmissible et en droit et en fait. En droit, il n'y a assemblée nationale constituée pour élire le président et par conséquent corps électoral présidentiel que du moment où députés et sénateurs étant réunis à Versailles, le président de l'assemblée a prononcé la formule : « Je déclare l'assemblée nationale constituée ». Jusque-là il y a des chambres législatives. Si elles sont en session, elles peuvent s'assembler suivant le droit commun, recevoir et voter des propositions. Il y a un gouvernement parfaitement régulier, qui peut faire des propositions de toute espèce, qui peut prendre part aux délibérations du parlement puisque à l'art. 7, § 2 de la loi du 25 février 1875, il est dit : « Dans l'intervalle le conseil des ministres est investi du pouvoir exécutif ». En fait, il est inadmissible que les chambres ne puissent pas, pendant la durée de la vacance, recevoir et voter des propositions. Il peut y avoir là une période de crise grave, exigeant le vote de mesures législatives d'une extrême urgence ; et l'on ne saurait admettre que les pouvoirs fussent en quelque sorte désarmés.

Le conseil des ministres, étant momentanément investi du pouvoir exécutif, peut exercer toutes les attributions qui en temps normal appartiennent au président de la république et cela sans aucune restriction. Evidemment il ne pourrait pas adresser de message aux chambres ; cela est une prérogative personnelle du président plutôt qu'une fonction. Sauf cette réserve, tous les pouvoirs du président de la république appartiennent alors au conseil des ministres. Les actes sont signés par le président du conseil « au nom du conseil des ministres investi du pouvoir exécutif conformément à l'art. 7 de la loi du 25 février 1875 » et contresignés par le ministre intéressé.

Le conseil des ministres étant investi du pouvoir exécutif pendant l'interrègne présidentiel, c'est lui qui doit faire immédiatement après l'élection la transmission des pouvoirs au nouveau président. Aux différentes élections présidentielles, antérieures à celle de M. Fallières, cette transmission s'est faite immédiatement après la séparation de l'assemblée nationale, dans une salle du palais de Versailles, en présence du bureau de chaque chambre, par le président du conseil assisté de tous ses collègues. Le président est ramené à Paris et prend immédiatement possession de ses fonctions.

Il est d'usage que lors d'une nouvelle élection prési-

dentielle, tous les ministres remettent leur démission au nouveau président. En fait les nouveaux présidents ont toujours renommé les ministres démissionnaires.

L'art. 7 de la loi du 25 février 1875 prévoit la vacance de la présidence de la république « par décès ou toute autre cause » et l'art. 3, § 3 de la loi du 16 juillet 1875 prévoit « le décès ou la démission ». On peut se demander s'il peut exister une cause de vacance autre que le décès ou la démission. Il est évident que si par impossible le président était, sur la mise en accusation de la chambre, condamné par le sénat pour une infraction de droit commun à une peine emportant perte des droits politiques, il se trouverait par là même déchu de ses fonctions. Mais tant qu'une loi ne sera pas faite relativement à la haute trahison prévue par l'art. 6, § 2 de la loi du 25 février 1875, nous ne croyons pas que le sénat puisse prononcer la déchéance (cf. *supra*, § 133). Le président resterait même en possession de ses fonctions pendant la durée du procès devant le sénat. Il y aurait là évidemment une situation critique qui très probablement ne se présentera jamais, mais que néanmoins un législateur vigilant devrait prévoir et réglementer.

Le président de la république donne sa démission par voie de message adressé aux chambres. C'est ainsi qu'ont procédé M. le maréchal de Mac-Mahon en février 1879, M. Grévy en novembre 1887 et M. Casimir-Perier en janvier 1895. Le message de démission est lu le même jour à chaque chambre par son président. Il en est donné acte au président de la république par chaque chambre. Les chambres n'ont point à accepter ou à refuser la démission. V. le compte-rendu de la séance du 16 janvier 1895.

Le décès du président de la république est annoncé à chacune des chambres par son président. C'est d'ailleurs un simple usage qu'aucune règle de droit n'impose.

137. De l'action du président de la république sur le parlement. — Le président de la république personnifie le gouvernement. Tout le mécanisme du régime parlementaire, dont les constituants de 1875 ont voulu doter le pays, repose sur l'action réciproque que le parlement et le gouvernement exercent l'un sur l'autre. On a vu comment le parlement exerce son action constante sur le gouvernement par son droit de contrôle. Comment le président de la république exerce-t-il son action sur le parlement? Il convient de dire tout de suite que cette action, en fait, est plus théorique que pratique; et cela tient, on l'a déjà dit,

au mode de nomination du président de la république. Cf. §§ 62 et 136.

Messages. — Aux termes de l'art. 6, § 1 de la loi const. du 16 juillet 1875 : « Le président de la république communique avec les chambres par des messages qui sont lus à la tribune par un ministre ». De cette disposition il résulte, d'abord, que le président de la république n'a pas son entrée dans les chambres et qu'il ne peut jamais y prononcer un discours. Il ne peut communiquer avec les assemblées que par un acte écrit, appelé *message*, qui doit porter le contreseing ministériel, conformément à l'art. 3, § 6 de la loi du 25 février 1875, exigeant que tous les actes du président de la république soient contresignés par un ministre. Ainsi le message lui-même, qui paraît être cependant au premier chef l'expression de la volonté personnelle du président, n'est fait par lui que sous la responsabilité ministérielle et n'engage pas la responsabilité du président. Il suit de là que le message présidentiel pourrait être l'objet d'une interpellation adressée au ministère, et qui ne peut, en droit, atteindre le président. Le président ne peut jamais venir lire son message en personne; le message doit toujours être lu aux chambres par un ministre. Seul le message par lequel le président de la république donne sa démission n'est pas lu par un ministre (cf. § 136) et n'a pas besoin d'être contresigné. Il y a là un acte absolument personnel, qui ne peut être considéré comme un acte du gouvernement.

Les chambres ne répondent pas au message; elles en donnent seulement acte au président de la république, précisément parce que les messages doivent porter le contre-seing ministériel. Si les chambres pouvaient y répondre, elles s'adresseraient naturellement au président de la république. Or le législateur de 1875 n'a pas voulu que d'une manière quelconque le vote des chambres pût viser directement ou indirectement le chef de l'Etat. Dans la séance du 3 juillet 1894, la chambre des députés a écarté par la question préalable une proposition de résolution tendant à faire nommer une commission chargée de préparer un projet de réponse au message de M. le président Casimir-Perier.

Il faut distinguer le message présidentiel du *discours du trône* dans les monarchies parlementaires, et d'autre part des *déclarations ministérielles*. Le discours du trône peut être lu, et en France était lu en fait par le roi lui-même, aux chambres assemblées. Les chambres répondaient au discours du trône par une *adresse*. Pendant la Restauration l'adresse était le moyen principal par lequel les chambres faisaient connaître leur opinion sur les affaires du pays. Maintenue pendant la monarchie de juillet, l'adresse disparaît en 1848 et n'est rétablie que par le décret du 24 novembre 1860. En Angleterre, l'usage de l'adresse s'est maintenu. Elle est discutée au début de chaque session ordinaire.

La *déclaration ministérielle* ne porte point la signature du président de la république. Les chambres ne donnent point acte de la déclaration ministérielle. Il n'est point fait de réponse à une déclaration ministérielle; mais elle peut être l'objet d'une interpellation donnant lieu au vote d'un ordre du jour. Cette interpellation peut être faite même au sujet de la déclaration qu'un ministère lit aux chambres au moment de son arrivée aux affaires. En effet il y a là vraiment un acte politique du ministère et on ne saurait dire que l'interpellation s'adresse au président de la république.

Aujourd'hui les messages sont très rares. Aux termes de l'art. 52 de la const. de 1848, le président de la république devait chaque année présenter dans un message à l'assemblée l'exposé général des affaires de la république. Aucune disposition semblable ne se trouve dans les lois const. de 1875. Le maréchal de Mac-Mahon adressa de nombreux messages au parlement. Ses successeurs n'ont pas suivi son exemple et, depuis M. Grévy, les différents présidents n'ont guère adressé de message aux chambres qu'au moment de leur élection et quand ils donnaient leur démission.

On a déjà signalé (cf. § 59) le rôle très important que jouent les messages du président de la république aux Etats-Unis. Par eux, le président exerce véritablement un pouvoir d'initiative en matière législative que ne lui reconnaît point la constitution et, par eux, il fait sentir son action personnelle sur la direction de toutes les affaires. Cf. Barthélemy, *De la condition actuelle de la présidence des Etats-Unis*, *Revue pol. et parl.*, février 1906, p. 277; *id.*, *Le pouvoir exécutif dans les républiques*, 1907, p. 145 et suiv.; Bosc, *Les droits législatifs du président des États-Unis*, 1906, p. 64 et suiv.; Marcaggi, *Les messages présidentiels en France et aux Etats-Unis*, 1906.

Droits de convocation, d'ajournement et de clôture des chambres. — Ils sont réglés d'une manière très précise par les art. 1 et 2 de la loi const. du 16 juillet 1885. Ils ont été étudiés au § 117 où l'on a montré comment ils se combinent avec les droits du parlement. Le législateur de 1875 a établi à cet égard une

balance assez exacte entre les droits du chef du gouvernement et les droits des chambres.

Droit de dissolution. — Il est accordé au président de la république, en ce qui concerne la chambre des députés, par l'art. 5 § 1 de la loi du 25 février 1875, avec le concours du sénat : « Le président de la république peut, sur l'avis conforme du sénat, dissoudre la chambre des députés avant l'expiration légale de son mandat ». On a déjà dit à quel besoin vient répondre ce droit de dissolution et comment, bien loin d'être contraire aux principes démocratiques, il en est une des plus sûres garanties (cf. *supra*, §§ 60 et 61).

Le droit de dissolution nous vient encore d'Angleterre. Il y était d'abord une prérogative purement royale. Convoqué par la couronne, le parlement pouvait être congédié et dissous par elle en vertu de ses pouvoirs propres. Par une série de transformations, le droit de dissolution est devenu un des rouages essentiels du régime parlementaire moderne. On peut dire que le droit de dissolution a cessé d'être un droit royal pour devenir un droit ministériel, contre-partie de la responsabilité du cabinet devant le parlement. Le cabinet est responsable politiquement devant la chambre des communes, mais il peut demander au roi de la dissoudre. Ainsi l'équilibre des forces est établi entre le gouvernement et le parlement. Au cas de conflit entre eux, la décision est remise à un juge sans appel, le corps électoral. Sans doute, en droit, le monarque anglais peut renvoyer des ministres qui lui déplaisent bien qu'ils aient la majorité à la chambre des communes et prendre dans la minorité un ministère qui fera la dissolution (cf. Anson, *Loi et pratique const.*, édit. franç., II, 1905, p. 55). Mais si cela est le droit strict, en fait cela n'a jamais lieu.

Le droit de dissolution est aussi exercé, en Angleterre, fréquemment dans une circonstance spéciale. La chambre des communes est élue pour sept années (*Septennal Act* de 1716). Mais jamais elle n'arrive au terme de son mandat. Le ministère fait toujours prononcer la dissolution après une durée en général d'un peu plus ou d'un peu moins de quatre années, quand il estime, d'après les circonstances, que le moment est venu de consulter l'opinion publique. A la fin de l'année 1905, le ministère unioniste Balfour ayant été obligé de se retirer, un cabinet libéral présidé par sir Campbell Bannermann est arrivé aux affaires; il a fait immédiatement la dissolution, pour demander au pays s'il approuvait le changement de ministère. Ainsi le corps électoral se trouve intimement associé à la direction politique et c'est lui qui, vraiment, imprime l'orienta-

tion. Cela suppose chez le peuple anglais une éducation et une sagesse politiques que, nous le craignons bien, le peuple français n'aura pas de longtemps encore.

Les auteurs de la const. de 1791 ne voulurent point donner au roi le droit de dissolution. « Le corps législatif ne pourra pas être dissous par le roi » (Const. 1791, tit. III, chap. I, pr. art. 5). Le droit de dissolution était en effet contraire au principe de la séparation des pouvoirs tel qu'ils le concevaient, et dans leur ignorance politique, ils y voyaient, à tort, un empiètement du roi sur la souveraineté nationale. La const. de l'an III ne donna point non plus au directoire le droit de dissoudre les conseils législatifs. L'expérience, on le sait, ne fut pas heureuse. Ne pouvant dissoudre les conseils légalement, il les décima par les proscriptions. Les Chartes, à l'exemple de l'Angleterre, donnèrent au roi le droit de dissoudre la chambre des députés (Charte 1814, art. 50; Charte 1830, art. 42). Louis XVIII, en prononçant par l'ordonnance du 5 septembre 1816 la dissolution de la *chambre introuvable,* exercé son droit avec une parfaite correction parlementaire. C'est le cabinet aux affaires qui provoque et qui fait cette dissolution, qui, en conflit avec la chambre élue, soumet au corps électoral le jugement de ce conflit. Cf. cependant la brochure célèbre de Chateaubriand, *La monarchie selon la charte,* 1816. Les dissolutions prononcées par Charles X et le ministère Polignac furent beaucoup moins correctes, et particulièrement celle prononcée par une des quatre ordonnances du 25 juillet 1830. Le sénatusconsulte const. du 21 mai 1870, qui voulait organiser un empire parlementaire, donnait aussi à l'empereur le droit de dissolution (art. 35). La const. de 1848 ne donne point au président de la république le droit de dissolution. Ne pouvant dissoudre la chambre légalement, le prince-président n'hésita point à la dissoudre par la force (2 décembre 1851).

Le sénatusconsulte du 16 thermidor an X (art. 55, nº 5) donnait au sénat le droit de dissoudre le corps législatif et le tribunat. La const. de 1852 (art. 46) donnait au président de la république, à l'empereur ensuite, le droit de dissoudre le corps législatif. Mais ces actes établissaient un régime qui n'était ni de près ni de oin le régime parlementaire, et en établissant ce droit de dissolution, ils avaient pour but d'armer le chef de l'Etat d'une prérogative puissante et point du tout d'assurer l'équilibre des pouvoirs.

Les différents projets qui devaient aboutir à la loi const. du 25 février 1875 contenaient tous un article accordant au chef de l'Etat le droit de dissolution. Cf. *Projet* Dufaure, 22 mai 1873, art. 15; *Projet* Broglie, 15 mai 1874, art. 21. M. de Ventavon, au nom de la commission des Trente, proposait de ne le donner qu'au maréchal de Mac-Mahon. C'était logique puisqu'elle proposait, non point une constitution définitive, mais seulement une loi organisant les pouvoirs septennaux du maréchal. Le septennat ayant été repoussé par le vote de l'amendement Wallon, se posa la question du droit de

dissolution en général. Certains orateurs, notamment M. Bertauld, soutenaient que le droit de dissolution était contraire au principe de la souveraineté nationale, qu'il n'avait jamais été introduit dans les constitutions républicaines, et qu'enfin il était contradictoire de donner ce droit à un président de la république qui serait l'élu des chambres.

On a déjà fait justice du premier argument. Il faut ajouter que si aucune constitution républicaine avant 1875 n'a établi le droit de dissolution, les faits ont prouvé qu'elles ont eu tort. Enfin il n'est pas vrai de dire qu'il est illogique qu'un président élu par les chambres puisse dissoudre l'une d'elles. En effet en droit le président de la république n'est pas l'élu des chambres, mais d'un corps électoral spécial qui l'élit au nom du suffrage universel dont il émane lui-même. Mais il est vrai que par son origine, en fait, le président de la république se trouve impuissant à exercer son droit de dissolution. En 1875, c'était l'argument que certains orateurs de la droite, notamment M. de Ventavon, invoquaient pour soutenir qu'on ne pouvait donner le droit de dissolution qu'au maréchal de Mac-Mahon, qui, élu par l'Assemblée nationale, aurait seul, logiquement et en fait, pouvoir suffisant pour faire une dissolution (séance 2 février 1875, *Ann. Ass. nat.*, XXXVI, p. 421).

Le texte de l'art. 5 fut enfin voté à une grande majorité. L'Assemblée montrait par là son intention de fonder une république véritablement parlementaire, et d'établir l'équilibre entre la chambre basse et le ministère, condition essentielle du parlementarisme. M. Laboulaye, dans son rapport sur la loi du 16 juillet 1875, disait : « La conséquence de ce régime qui nous est familier a été de reconnaître au président le droit de dissolution. C'est le moyen employé dans les monarchies constitutionnelles ; quand le chef de l'Etat croit que les ministres ont raison contre les chambres, il en appelle sur ce point à la décision du pays » (*Ann. Ass. nat.*, XXXVIII, *annexes*, p. 220). Il faut dire toutefois que le législateur de 1875 compromettait le jeu normal du droit de dissolution en en subordonnant l'exercice à l'assentiment du sénat, et que, d'autre part, le sénat étant une chambre élective, le droit de dissolution devait s'exercer logiquement à son égard comme à l'égard de la chambre basse.

Le président de la république a le droit de dissoudre la chambre des députés (L. const. 25 fév. 1875, art. 5). Cette disposition ne contient aucune réserve. Par conséquent le président peut exercer ce droit quand bon lui semble. L'adhésion nécessaire du sénat a paru une garantie suffisante contre les abus possibles du président de la république.

Cependant, bien que le législateur constituant ne l'ait pas dit, il nous semble qu'il existe une restriction

légale à l'exercice de ce droit de dissolution. Le président de la république ne pourrait pas dissoudre une chambre qui vient d'être élue. Il ne peut la dissoudre qu'après que, s'étant constituée, elle a émis un vote. La raison de cette solution est évidente. Le chef de l'Etat a le droit de dissolution non point pour briser le verdict du suffrage universel, mais pour soumettre au jugement du peuple un conflit qui s'élève entre le gouvernement et la chambre des députés. Si le président prononçait la dissolution d'une chambre qui vient d'être élue avant même qu'elle ait émis un vote, cette dissolution serait dirigée non pas contre la chambre, mais contre le corps électoral lui-même, dont on casserait le verdict; cela serait évidemment inconstitutionnel.

C'est ainsi que l'ordonnance du 25 juillet 1830, par laquelle Charles X prononçait la dissolution de la chambre qui venait d'être élue avant même qu'elle fût constituée, était certainement illégale et contraire à la Charte.

Sauf cette réserve le président a, d'après le texte de la constitution, le droit de dissolution absolu. On doit en conclure que la dissolution peut être *ministérielle* ou *présidentielle*. Ou bien le président peut, au cas où les ministres sont en conflit avec la chambre des députés, prononcer sur leur demande la dissolution de la chambre. C'est la dissolution appelée *ministérielle*, la seule qui soit en fait pratiquée aujourd'hui en Angleterre. Ou bien le président de la république peut renvoyer des ministres qui ont la majorité à la chambre des députés et prendre un ministère extraparlementaire ou un ministère dans la minorité de la chambre et faire la dissolution ; c'est ce que nous appelons la dissolution *présidentielle*.

C'est ainsi qu'est intervenue la dissolution en 1877. Le 16 mai le maréchal de Mac-Mahon demandait la démission du ministère Jules Simon, qui avait cependant la majorité à la chambre des députés, prenait dans la minorité un ministère de Broglie-Fourtou, qui faisait la dissolution. Ce procédé était strictement constitutionnel.

Cependant on l'a contesté et l'on a dit que la dissolution ne pouvait être que *ministérielle*, qu'elle ne pouvait pas être *présidentielle*,

que le président de la république ne pouvait pas prendre l'initiative de la dissolution, qu'il devait la faire si ses ministres la lui demandaient, mais qu'il ne pouvait pas renvoyer des ministres ayant la majorité pour prendre un ministère de dissolution. Le président de la république est, dit-on, un chef d'état parlementaire ; il est irresponsable (L. 25 février 1875, art. 6, § 2) ; il ne peut donc prendre personnellement l'initiative d'un acte politique. En renvoyant des ministres responsables qui ont la majorité au palais Bourbon, le président sort de son rôle constitutionnel et outrepasse ses pouvoirs. V. en ce sens Matter, *De la dissolution des assemblées parlementaires*, 1898.

Nous croyons bien que telle est la vraie conception du régime parlementaire, et l'on a vu qu'en Angleterre, si théoriquement la dissolution est une prérogative royale, elle ne fonctionne plus que sur l'initiative du cabinet et comme contrepartie de la responsabilité politique. Mais nous ne pouvons croire que tel soit le système créé par le législateur de 1875. Il accorde le droit de dissolution au président de la république sans aucune réserve. On ne peut y apporter des restrictrions que le législateur n'a point spécifiées. D'autre part, la constitution de 1875 exige, pour la dissolution de la chambre, « l'avis conforme du sénat ». Il suppose donc l'accord établi entre le président de la république et le sénat, et le conflit naissant entre le président de la république et la chambre. Il suppose en un mot que le président de la république gouverne avec un ministère ayant la majorité au sénat. Dans ces conditions, il n'y avait pas de raison, bien au contraire, pour restreindre le pouvoir de dissolution, au cas où le conflit naît entre le ministère et la chambre. Dans le système de 1875, pour qu'un ministère puisse rester aux affaires, il faut qu'il ait l'appui de deux des pouvoirs sur trois. S'il a la confiance de la chambre et du sénat, le président ne peut point faire la dissolution. Il ne le fera pas évidemment si le ministère a sa confiance et celle de la chambre. Enfin, si un ministère a la confiance de la chambre, mais n'a celle ni du sénat ni du président, celui-ci renvoie le ministère, prend un cabinet dans la majorité du sénat et fait la dissolution. Sénat et président doivent d'ailleurs s'incliner devant le verdict du corps électoral rendu après la dissolution. Tel n'est pas sans doute le système anglais ; mais le système français est logique et cohérent. Il ne faut pas oublier que, dans la pensée de la majorité, en 1875, le président devait trouver dans le sénat un point d'appui contre les tendances de la chambre dont on redoutait le caractère avancé.

Cette condition de l'avis conforme du sénat, la commission des Trente et quelques orateurs la repoussaient comme contraire aux vrais principes du régime parlementaire. Mais le maréchal de Mac-Mahon lui-même, par un message, demanda qu'on l'inscrivit dans la constitution : « L'usage de ce droit extrême serait périlleux, disait-il, et j'hésiterais moi-même à l'exercer si, dans une circons-

tance critique, le pouvoir ne se sentait appuyé par *le concours d'une assemblée modératrice* ». M. Dufaure disait dans la séance du 2 février 1875 : « Nous voulons lui (au président) donner un droit effectif et non pas un droit apparent. Nous vous demandons de décider que ce droit de dissolution ne doive lui être accordé..... qu'avec le concours du sénat ».

C'est pour cela qu'il ne pouvait entrer dans l'esprit de la majorité de l'Assemblée nationale que le droit de dissolution pût s'exercer à l'égard du sénat. La proposition lui en fut faite par M. Raudot (séance 24 février 1875, *Ann. Ass. nat.*, XXXVI, p. 627). L'amendement ne fut pas pris au sérieux et fut repoussé à mains levées. Et, cependant, la proposition de M. Raudot était parfaitement logique : le sénat étant une assemblée élective, le président devait avoir le droit de le dissoudre comme la chambre. Aussi bien, en le déclarant indissoluble, en exigeant son assentiment pour la dissolution de la chambre, le législateur de 1875 a complètement manqué son but. Il voulait faire du sénat le pouvoir prépondérant dans la république; il l'a, bien au contraire, affaibli. La chambre seule pouvant être dissoute, seule elle peut prétendre représenter exactement la volonté nationale. D'un autre côté, de ce que le sénat ne peut pas être dissous, on a parfois conclu qu'il ne pouvait pas renverser un ministère (cf. § 145).

Depuis 1875, une seule fois le président de la république a usé de son droit de dissolution : c'est en 1877, après le renvoi du ministère Jules Simon et la constitution du ministère de Broglie (16 mai 1877). On a montré que cet acte était parfaitement conforme à la légalité constitutionnelle; mais il fut profondément impolitique, et les souvenirs qu'a laissés dans les esprits la période du *16 mai* ont rendu à peu près impossible, pour le président de la république, l'exercice de la dissolution. Qu'on ajoute à cela la dépendance de fait dans laquelle le président, par suite de son mode de nomination, se trouve à l'égard des chambres, et l'on comprendra aisément comment le droit de dissolution a disparu de nos institutions politiques. Voilà comment nous ne pratiquons qu'un pseudo-régime parlementaire, puisqu'il manque une condition essentielle, l'exercice du droit de dissolution.

La constitution de 1875 n'a point déterminé la procédure de la dissolution. Voici comment on procéda en 1877. Le président de la république adressa au sénat un message dans lequel il lui faisait connaître son intention de dissoudre la chambre et suivi de la déclation suivante : « Le président de la république, vu l'art. 5 de la loi const. du 25 février 1875, fait connaître au sénat son intention de dissoudre la chambre des députés et lui demande son avis conforme ». Le sénat vota une résolution ainsi conçue : « Vu le message de M. le président de la république en date du 16 juin par lequel il fait connaître au sénat son intention de dissoudre la chambre des députés et lui demande l'avis prescrit par l'art. 5...., le

sénat émet un avis conforme.... ». Un décret, visant l'art. 5 et l'avis conforme du sénat, fut rendu, portant que la chambre des députés était dissoute et que les collèges électoraux seraient convoqués dans le délai de trois mois. Ampliation de ce décret fut adressée au président de la chambre, qui en donna lecture et la chambre se sépara. Au cas d'une nouvelle dissolution c'est probablement encore ainsi que l'on procéderait.

Le droit de dissolution, bien que ne pouvant être exercé qu'avec l'avis conforme du sénat, est un droit propre au président de la république. Lui seul peut en prendre l'initiative. Le sénat ne pourrait point provoquer la dissolution. On a quelquefois soutenu le contraire, en disant que, la dissolution exigeant le concours de volonté du sénat et du président, peu importait lequel des deux la demandait. Cela est inadmissible : le droit de dissolution est une prérogative du chef de l'Etat qui peut seul le mettre en mouvement. Mais incontestablement le sénat ou la chambre pourrait par un ordre du jour inviter le gouvernement à procéder à la dissolution. Cet ordre du jour aurait la portée de tout ordre du jour; il ne ferait point naître pour le gouvernement l'obligation légale de faire la dissolution, mais seulement une obligation morale, sous la sanction de sa responsabilité politique.

La dissolution a pour but essentiel de soumettre au jugement du corps électoral les conflits naissant entre le président de la république et la chambre des députés. Il ne faut donc pas qu'à la faveur de la dissolution le président puisse instituer un pouvoir personnel et gouverner un long temps sans le contrôle du parlement. C'est pour cette raison que toutes les constitutions qui admettent le droit de dissolution exigent qu'il soit procédé à de nouvelles élections dans un délai assez court.

D'après l'art. 1 de la loi const. du 14 août 1884, « Au cas de la dissolution, les collèges électoraux sont réunis pour de nouvelles élections dans le délai de deux mois et les chambres dans les dix jours qui suivront la clôture des opérations électorales ». Le délai fixé par l'art. 5, § 2 de la loi du 25 février 1875 était de trois mois; il avait été emprunté à l'art. 50 de la Charte de 1814. En 1877 ce texte avait donné lieu à une difficulté d'interprétation; d'où le texte de la loi du 14 août 1884 qui ne peut laisser place à aucune controverse (cf. § 103).

Cas de dissolution illégale. — Il est incontestable que si le président de la république prononce la dissolution des chambres ou de l'une d'elles en dehors des conditions qui viennent d'être expliquées, il viole la constitution. Mais il est évident aussi qu'il n'y a pas de moyen de l'en empêcher. Le président de la république dispose de la force armée (L. 25 février 1875, art. 3, § 3), et la force armée doit lui obéir sans qu'elle ait à apprécier la légalité des actes qui lui sont commandés. Si donc le chef de l'Etat fait disperser par un régiment de cavalerie les chambres illégalement dissoutes, on ne voit pas comment on pourrait s'y opposer. Sans doute, aux termes de l'art. 5 de la loi du 22 juillet 1879, les présidents de chaque chambre ont le droit de requérir directement la force armée. En admettant que le chef militaire, requis directement par un président ou les présidents des chambres, marche contrairement aux ordres du gouvernement, on ne voit guère comment cela évitera le coup d'Etat du président de la république. La guerre civile est alors ouverte, et la victoire restera non plus au droit, mais à la force.

Loi Tréveneuc. — Cependant l'Assemblée de 1871 avait cru devoir prévoir le cas de dissolution illégale et organiser un système destiné à maintenir dans cette éventualité un gouvernement régulier. Tel est le but de la loi du 15 février 1872, connue sous le nom de *loi Tréveneuc.* Assurément c'est une naïveté de croire que le chef d'Etat, auteur d'une dissolution illégale, permettra aux conseils généraux de se réunir dans les conditions déterminées par cette loi. Si un coup d'Etat est fait, c'est que le président de la république qui l'entreprend est sûr de l'armée et peut empêcher les conseils généraux de se réunir comme il peut disperser le parlement. On ne voit donc guère comment cette loi pourrait jamais s'appliquer. Cependant l'intention de l'Assemblée nationale était louable et voici le résumé du système qu'elle établit.

La loi du 15 février 1872 prévoit le cas où l'*assemblée* nationale (qui était réunie à cette époque) ou *celles qui lui succèderont,* seraient illégalement dissoutes ou empêchées de se reunir. Cette formule montre bien que cette loi devait, dans la pensée de ses auteurs, s'appliquer non seulement à l'Assemblée de 1871, mais encore à toutes les assemblées politiques futures, et que, par conséquent, elle est encore en vigueur. On a quelquefois soutenu le contraire

en disant qu'elle n'avait pas été visée par les lois constitutionnelles. Mais tout ce qu'on peut en conclure, c'est qu'elle n'a pas le caractère constitutionnel. Il n'y a rien, dans les lois de 1875, qui soit en contradiction avec la loi Tréveneuc; elle-même spécifie qu'elle s'applique aux assemblées qui succèderont à l'Assemblée nationale. On ne voit donc pas pourquoi elle ne serait pas encore aujourd'hui en vigueur.

Si donc il y a dissolution illégale, soit des deux chambres, soit de l'une d'elles, les conseils généraux doivent s'assembler immédiatement et de plein droit au chef-lieu de chaque département, sans qu'il soit besoin de convocation spéciale. Ils peuvent s'assembler partout ailleurs dans le département si le lieu habituel de leurs séances ne leur paraît pas offrir des garanties suffisantes pour la liberté de leurs délibérations. Ils ne sont d'ailleurs valablement constitués que par la présence de la majorité de leurs membres (L. 15 février 1872, art. 1).

Dans chaque département, le conseil général pourvoit au maintien de l'ordre légal. Chaque conseil général nomme en comité secret deux délégués. Ces délégués se rendent dans le lieu où se sont rendus les membres du gouvernement légal et les députés qui ont pu se soustraire à la violence et forment une véritable assemblée parlementaire. Elle n'est constituée qu'autant que la moitié des départements au moins s'y trouve représentée. Les décisions de cette assemblée doivent être exécutées à peine de forfaiture par tous les fonctionnaires, agents de l'autorité et commandants de la force publique (L. 15 février 1872, art. 2, 3 et 6).

Cette assemblée des délégués des conseils généraux est chargée de prendre pour toute la France les mesures urgentes que nécessite le maintien de l'ordre et spécialement celles qui ont pour objet de rendre à l'assemblée illégalement dissoute la plénitude de son indépendance et l'exercice de ses droits. Elle doit pourvoir provisoirement à l'administration générale du pays. Elle doit se dissoudre dès que l'assemblée illégalement dissoute se sera reconstituée par la réunion de la majorité de ses membres sur un point quelconque du territoire. Si cette reconstitution ne peut se réaliser dans le mois qui suit les événements, l'assemblée des délégués doit décréter un appel à la nation pour des élections générales. Si le sénat et la chambre avaient été dissous, elle devrait ordonner des élections de la chambre et du sénat. Les pouvoirs de l'assemblée des délégués cessent du jour où les assemblées nouvellement nommées se sont constituées (L. 15 février 1872, art. 4 et 5).

138. Attributions exécutives. — Nous employons cette expression pour nous conformer à l'usage. Nous croyons avoir démontré au § 47 que la fonction exécutive n'est pas une fonction juridique spécifique de l'Etat et que l'on désigne par cette expression une

série d'actes qui sont soit des opérations matérielles, soit des actes législatifs, soit des actes administratifs. Nous en indiquerons les principaux dans ce paragraphe.

Le président de la république représente le pays à l'intérieur et à l'extérieur. Les ambassadeurs et les envoyés des puissances étrangères sont accrédités auprès de lui. Il préside aux solennités nationales (L. const. 25 février 1875, art. 3, § 4).

Le président de la république est le premier personnage de l'Etat. La conséquence protocolaire rigoureuse de cela, c'est que lorsque le président de la république, personnifiant le gouvernement, assiste à une cérémonie publique, ses ministres ne peuvent pas y parler. Depuis quelque temps on a souvent violé cette règle.

Le président de la république doit résider à Paris. L'art. 9 de la loi du 25 février 1875 avait fixé le siège du pouvoir exécutif et des chambres à Versailles. Cet article a été abrogé par la loi const. du 21 juin 1879, et la loi ordinaire du 22 juillet 1879 (art. 1) a fixé à Paris le siège du pouvoir exécutif et des chambres. Le président habite à Paris le palais de l'Elysée.

Cette disposition de la loi de 1879 n'empêche pas bien évidemment le président de la république de voyager en France. Les divers présidents de la république, outre les tournées officielles, sont allés chaque année en villégiature dans un château de l'Etat ou dans leur habitation particulière. Mais au moment où M. le président Félix Faure, en 1897, dut aller à Saint-Pétersbourg rendre sa visite à l'empereur de Russie, on se demanda si constitutionnellement le chef de l'Etat pouvait quitter le territoire français. Evidemment aucune disposition légale ne l'interdit. L'art. 63 de la const. de 1848 qui décide que « le président de la république ne peut sortir du territoire continental de la république sans y être autorisé par une loi » n'est plus certainement en vigueur. Cependant l'absence du président du territoire français ne peut être de longue durée, et c'est à lui d'apprécier dans sa haute sagesse le temps pendant lequel il peut et il doit, dans l'intérêt même du pays, être absent de France. M. le président Loubet, dans ses nombreux voyages à l'étranger, en Russie, en Italie, en Espagne, en Portugal, en Angleterre, s'est toujours conformé à cette règle avec un tact auquel tout le monde a dû rendre hommage. Rien ne s'opposerait d'ailleurs à ce que le président de la république signât à l'étranger les différents actes dont l'urgence ne permettrait pas d'attendre son retour. Ces actes seraient rapportés en France par un courrier de cabinet.

Il faut en effet noter que la constitution de 1875 n'a organisé aucune suppléance du président de la république, non seulement dans le cas où il serait absent du territoire français, mais pas même dans le cas où la maladie l'empêcherait momentanément de remplir ses fonctions de chef de l'Etat. L'art. 7 de la loi du 25 février 1875 ne donne le pouvoir exécutif au conseil des ministres qu'au cas de vacance. Le cas d'empêchement absolu, quoique momentané, du président n'est pas prévu. Il y a là évidemment une lacune qu'il importerait de faire disparaître. Dans les pays monarchiques, au cas d'empêchement du monarque, une régence est organisée. L'art. 70 de la const. de 1848 avait créé un vice-président de la république, nommé par l'assemblée nationale sur la présentation de trois candidats faite par le président dans le mois qui suivait son élection. Au cas d'empêchement momentané du président, le vice-président le remplaçait (Const. 1848, art. 70).

Le président de la république reçoit un traitement qui est fixé chaque année par la loi du budget. Au budget de 1906 (L. 17 avril 1906, tableau A, ministère des finances, 2e partie) la dotation du président de la république est fixée à 600.000 francs ; il reçoit en outre 300.000 francs pour frais de *sa maison*, et 300.000 francs pour frais de voyages, déplacements et représentation.

Décrets. — Tous les actes du président de la république portent le nom générique de *décret*.

Ce mot *décret*, dont le sens a été pendant longtemps indéterminé, qui de 1789 à l'an III fut souvent employé pour désigner des décisions de l'Assemblée constituante et de la Convention, depuis le premier empire est réservé pour désigner les actes du chef de l'Etat. Pendant la monarchie de 1814 à 1848 on désignait du vieux nom d'*ordonnances* les actes du roi. Depuis 1848 le mot décret est passé définitivement en usage pour désigner les actes du chef de l'Etat.

Si le mot *décret* est le terme générique, il y a diverses espèces de décrets, qu'il faut indiquer dès à présent.

On doit d'abord distinguer les *décrets simples* et les *décrets portant règlement* ou *décrets réglementaires*. Le décret simple est un décret portant décision individuelle, par exemple le décret contenant nomination ou révocation d'un fonctionnaire, prononçant la dissolution d'un conseil municipal. Le *décret réglementaire* est le décret contenant une disposition par voie générale. Il sera étudié en détail aux §§ 140 et 141.

On distingue aussi les *décrets portant règlement*

d'administration publique et les *décrets rendus en la forme des règlements d'administration publique.* Les uns et les autres ont cela de commun qu'ils sont rendus par le gouvernement, après avis du conseil d'Etat délibérant en assemblée générale (L. 24 mai 1872, art. 8; D. 21 août 1872, art. 5, § 1). Le *décret portant règlement d'administration publique* contient des dispositions par voie générale ; le *décret rendu en la forme des règlements d'administration publique* contient une disposition individuelle ; c'est par exemple le décret par lequel le chef de l'Etat prononce l'annulation d'une délibération d'un conseil général dans les hypothèses prévues par les art. 33 et 47 de la loi du 10 août 1871. On reviendra sur cette terminologie au § 149. On appelle *décret en conseil d'Etat* le décret rendu après avis du conseil d'Etat délibérant en section. — Enfin la loi exige parfois un *décret en conseil des ministres.* Le projet de décret doit alors être délibéré en conseil des ministres et porter la mention *délibéré en conseil des ministres.* Cf. § 144.

« *Le président de la république surveille et assure l'exécution des lois* » (L. 25 février 1875, art. 3, § 1). — C'est là une formule vague et de laquelle on n'a pas pu trouver d'autre sens que celui-ci : le président de la république fait les décrets réglementaires destinés à compléter la loi et à en fixer les détails d'application. Il est possible que dans la pensée des rédacteurs de l'art. 3 cette formule avait ce sens. Mais ils auraient pu dire cela en un langage plus clair. Cf. §§ 40, 140 et 141.

Ce qui est vrai, c'est que peuvent être et sont souvent délibérées en conseil des ministres, sous la présidence du président de la république, les instructions que chaque ministre adresse verbalement ou par écrit aux fonctionnaires relevant de son département sur les mesures individuelles à prendre en application de telle ou telle loi. En ce sens, en effet, on peut dire que le gouvernement personnifié par le président de la répu-

blique surveille et assure l'exécution des lois. En réalité c'est chaque ministre qui, sous sa responsabilité devant les chambres, donne les intructions aux fonctionnaires placés sous ses ordres. On peut dire toutefois qu'il agit au nom du gouvernement. D'autre part ces instructions n'ont pas le caractère d'actes juridiques (cf. § 47).

Le président de la république a le droit de faire grâce (L. 25 février 1875, art. 3, § 2). — Bien que le droit de grâce ait conservé en réalité le caractère de prérogative personnelle du chef de l'Etat, le décret accordant une grâce doit être contresigné par un ministre. l'art. 3, § 6 exigeant le contreseing ministériel pour tous les actes du président de la république sans exception. Nous ne croyons pas cependant qu'un décret accordant une grâce puisse engager la responsabilité politique du ministère devant les chambres, parce que le droit de grâce est resté une prérogative personnelle du chef de l'Etat (cf. § 33). Les amnisties ne peuvent être accordées que par une loi (L. 25 février 1875, art. 3, § 2). Sur le caractère de l'amnistie. cf. § 35.

Le président de la république dispose de la force armée (L. 25 février 1875, art. 3, § 3). — Le législateur aurait pu dire plus exactement : la *force publique*. L'expression eût été plus large et partant plus exacte. La force publique comprend tous les agents qui sont armés et qui sont à la disposition du gouvernement pour assurer par la force l'exécution des actes faits conformément au droit. Elle comprend d'une part la force publique permanente civile, et la force publique permanente militaire, qui est plus particulièrement la force armée ou simplement l'armée.

La *force publique permanente civile* comprend tous les agents de police, que l'on peut distinguer en trois catégories : 1° les agents de la police générale ; 2° les agents de la police locale, et 3° les agents de la police spéciale, comme les gardes forestiers, les gardes-pêche. La force publique permanente civile ou simplement la police est complètement à la disposition du gouvernement. Cela

est vrai évidemment pour les agents de la police générale, qui dépendent directement du ministre de l'intérieur; cela est vrai aussi pour les agents de la police parisienne, dont le chef immédiat est le préfet de police subordonné du ministre de l'intérieur. Cela est vrai même pour les agents de la police municipale. En effet, bien qu'aux termes de l'art. 91 de la loi du 5 avril 1884 le maire ait la police municipale, et par conséquent autorité sur le personnel de la dite police, cependant d'après l'art. 99 de la même loi, le préfet peut, après une mise en demeure adressée au maire, se substituer à lui, et ainsi en fin de compte la police municipale est subordonnée au préfet, subordonné lui-même au gouvernement.

La *force publique permanente militaire* ou *force armée proprement dite* ou *armée* comprend d'abord la gendarmerie, qui est plus particulièrement chargée de maintenir l'ordre et la tranquillité sur le territoire (D., 20 mai 1903, art. 1). Elle comprend en outre l'armée proprement dite, qui se distingue en armée de terre, armée navale ou marine et armée coloniale. Enfin certains corps d'agents sont organisés militairement : les douaniers et les agents forestiers. L'armée proprement dite a surtout pour mission de défendre le territoire contre l'ennemi de l'extérieur. Mais bien souvent, la gendarmerie ne suffisant pas, l'armée proprement dite est employée pour assurer à l'intérieur l'ordre et la tranquillité, et pour prêter main-forte à l'autorité civile dans l'exécution des actes administratifs ou judiciaires.

Le président de la république *dispose* de la force armée. Cette formule très énergique de la loi de 1875 montre que le gouvernement n'a pas seulement un droit de *réquisition*. Ce n'est pas seulement là une différence de mot, mais une différence de fond, très grande et très logique. Le gouvernement, personnifié par le président de la république, non seulement peut mettre l'armée en mouvement, mais encore peut diriger son action. Il peut donner aux généraux des ordres directs, par exemple pour l'emplacement des troupes, pour les manœuvres à opérer, soit pour assurer l'ordre à l'intérieur en temps de paix, soit pour défendre le territoire en temps de guerre. Ce ne sont pas des réquisitions qu'il adresse; ce sont des ordres qu'il donne. Ces ordres ne sont soumis à aucune forme spéciale. Le chef militaire qui refuserait d'y obtempérer tomberait sous le coup des art. 218 du code de justice militaire et 294 du code de justice

militaire pour l'armée de mer, et non pas de l'art. 234 du code pénal, qui prévoit et punit le refus d'obtempérer aux réquisitions de l'autorité civile. Quant à la mobilisation générale de l'armée, elle sera faite par un décret du président de la république délibéré en conseil des ministres. En dehors de ce cas, les ordres sont donnés en fait par le ministre de la guerre ou le ministre de la marine agissant au nom du gouvernement.

Quand on dit que c'est le président de la république qui dispose de la force armée, c'est donc, comme d'ailleurs pour la plupart de ses attributions, une fiction; ce sont les ministres qui en disposent. Ils agissent au nom du gouvernement, personnifié par le président de la république, et bien entendu sous le contrôle des chambres et sous leur responsabilité. La disposition de la force armée est la mise en mouvement par excellence de la force matérielle, qui est la condition nécessaire pour qu'il y ait un gouvernement, au sens large du mot. Elle est la condition même pour qu'il y ait un Etat. Cf. § 48.

Les commandants militaires peuvent-ils refuser d'obéir aux ordres du gouvernement sous prétexte qu'ils sont contraires à la loi? Nous ne le croyons pas. La force armée doit être un instrument passif dans les mains du gouvernement. Celui-ci ne peut remplir sa mission que s'il *dispose* de la force armée; or disposer de la force armée c'est pouvoir s'en servir comme d'une force matérielle inconsciente. Cela exclut la possibilité pour les commandants de la force armée de refuser, sous un prétexte quelconque, d'obtempérer aux ordres du gouvernement. C'est le principe qu'avait très nettement formulé l'art. 12 du titre IV de la const. de 1791 : « La force publique est essentiellement obéissante; nul corps armé ne peut délibérer ».

Mais, dit-on, poussée à l'extrême, cette solution est inadmissible, car elle conduit à l'approbation des généraux qui collaborent à un coup d'Etat. Nous ne reculons point devant cette conséquence. Le général qui refuse d'obéir aux ordres du gouvernement sous prétexte qu'ils sont contraires à la constitution manque au premier de ses devoirs militaires, l'obéissance. Ce n'est pas à lui à apprécier si les ordres donnés sont ou ne sont pas conformes à la loi. C'est au législateur constituant à organiser les pouvoirs de telle façon que le chef de l'Etat ne puisse pas employer l'armée dont il

dispose à renverser la constitution. Il est impossible, il est vrai, de faire que les hommes au pouvoir ne violent jamais la constitution; et il est regrettable qu'ils puissent alors employer l'armée comme instrument de cette violation. Mais, à tout prendre, cela est tout à fait exceptionnel. Et l'inconvénient serait bien plus grave si les commandants militaires pouvaient toujours apprécier la légalité des ordres que leur donne le gouvernement; celui-ci pourrait alors se trouver réduit à l'impuissance.

Certaines autorités civiles, administratives et judiciaires ont le droit de *requérir* la force armée. Le droit de *réquisition* est tout à fait différent du droit de *disposition*. Il ne peut s'exercer que par écrit, dans une forme déterminée par la loi. Il s'adresse à certains chefs militaires déterminés par les règlements militaires. Lorsque l'autorité civile a formulé sa réquisition dans un but déterminé, elle a épuisé son droit et le commandement des troupes appartient exclusivement à l'autorité militaire, qui est juge des mesures à prendre comme elle en est responsable. Le chef militaire qui refuse d'optempérer à une réquisition régulière de l'autorité civile tombe sous le coup, non point d'une disposition du code de justice militaire, mais de l'art. 234 du code pénal. Enfin l'officier requis a évidemment le droit et même le devoir d'examiner si la réquisition est régulière en la forme, si elle émane d'une autorité civile ayant qualité pour faire la réquisition, si elle est adressée à une autorité militaire ayant qualité pour la recevoir et enfin si la loi qui est visée dans la réquisition existe bien comme loi.

Les règles sur la réquisition de l'autorité militaire par l'autorité civile sont disséminées dans plusieurs lois et décrets d'époques diverses et particulièrement dans les lois des 10 juillet 1791 (tit. III, art. 17), 27 juillet-3 août 1791, 7 juin 1848 sur les attroupements, le grand décret du 4 octobre 1891 sur le service des places, le décret très important du 20 mai 1903 sur la gendarmerie. Toutes ces dispositions ont été réunies et en quelque sorte synthétisées dans l'instruction du 24 juin 1903, arrêtée en commun par les ministères de l'intérieur et de la guerre (*J. off.*, 19 juillet 1903, p. 4614). Cette instruction a été expliquée par une première circulaire du 15 janvier 1905 et par une seconde circulaire du 21 mars 1906, qui décide que la réquisition devra toujours être remise par l'autorité civile au commandant militaire le plus élevé en grade résidant au siège de l'autorité civile requérante (le commandant d'armes) (*Le Temps*, 6 avril 1906).

Cons. Rochoux, *L'autorité militaire, ses rapports avec l'autorité civile,* thèse Bordeaux, 1896; Vel Durand, *La force publique et sa mise en mouvement, Revue du droit public*, 1905, p. 40 et suiv. — Pour la déclaration de l'état de siège, cf. §§ 76 et 130.

Le président de la république nomme à tous les emplois civils et militaires (L. 25 février 1875, art. 3, § 4). —

C'est le principe ; mais ce principe subit de nombreuses exceptions ; beaucoup de fonctionnaires sont nommés par d'autres autorités que le président de la république : les ministres, les directeurs généraux du ministère, les préfets (cf. *supra*, § 63).

On doit rappeler que cette disposition de la loi const. n'empêche point qu'une loi ordinaire ou même un simple règlement donne la nomination de certains fonctionnaires à des autorités subordonnées. Les conseillers d'Etat en service ordinaire sont les seuls fonctionnaires dont la nomination ne pourrait pas être donnée par une loi ordinaire à une autre autorité que le président de la république. En effet, la nomination de ces conseillers d'Etat est expressément remise au président de la république par l'art. 4 de la loi const. du 25 février 1875.

La loi du 24 mai 1872 avait décidé (art. 3) que les conseillers d'Etat en service ordinaire seraient élus pour neuf ans au scrutin de liste par l'Assemblée nationale, renouvelables par tiers tous les trois ans et indéfiniment rééligibles. Un gouvernement définitif étant constitué, on pensa en 1875 qu'il fallait donner au président de la république, chef du gouvernement, le droit constitutionnel de nommer les conseillers d'Etat. D'où la disposition de l'art. 4, §§ 1 et 2, précité : « Au fur et à mesure des vacances qui se produiront à partir de la promulgation de la présente loi, le président de la république nomme en conseil des ministres les conseillers d'Etat en service ordinaire. Les conseillers d'Etat ainsi nommés ne pourront être révoqués que par décret rendu en conseil des ministres ». — Les §§ 3 et 4 de cet article contenaient une disposition transitoire applicable aux conseillers d'Etat nommés par l'Assemblée nationale conformément à la loi de 1872, desquels il était dit qu'après la séparation de l'Assemblée nationale ils ne pourraient être révoqués que par une résolution du sénat.

Les différentes dispositions de l'art. 3 de la loi const. du 25 février 1875 qu'on vient d'indiquer ont été pour la plupart empruntées aux articles 49, 50, 55, 60 et 61 de la constitution de 1848. L'art. 50 de la constitution de 1848 portait : « Il (le président de la république) dispose de la force armée *sans pouvoir jamais la commander en personne* ». Il est certain que c'est volontairement que ce second membre de phrase ne fut pas reproduit dans l'art. 3 de la loi de 1875, le maréchal de Mac-Mahon, alors président de la république, ayant fait entendre qu'il considérerait comme une injure personnelle le vote d'une pareille disposition. Néanmoins on s'est demandé

si le président de la république pourrait commander en personne l'armée. A notre sens la solution ne peut pas faire de doute. En sa qualité de président de la république il n'a point le droit de commander l'armée en personne; le gouvernement personnifié par le président de la république dispose de la force armée, cela ne veut pas dire que le président ait personnellement et comme tel le droit de commander l'armée. D'autre part rien dans la constitution ne fait de la qualité de président de la république un obstacle à ce que celui qui en est revêtu soit nommé commandant en chef des armées. Si le président de la république était en fait un général, et si le gouvernement estimait qu'il serait un généralissime particulièrement compétent, rien n'empêcherait qu'il lui fût donné une lettre de commandement en chef des armées de la république. Ce commandement il l'aurait, non pas parce qu'il est président de la république, mais quoiqu'il le soit. — D'après la constitution des Etats-Unis (art. II, sect. II, § 1), « le président de la république est commandant en chef de l'armée et de la marine des Etats-Unis et de la milice des divers Etats, lorsqu'elle est appelée au service actif des Etats-Unis ».

De l'ouverture des crédits supplémentaires ou extraordinaires. — Le principe constitutionnel est qu'un crédit ne peut être ouvert que par le parlement. L'ouverture d'un crédit n'est certainement pas un acte législatif au sens matériel; mais c'est un acte qui ne peut être fait qu'en forme de loi. Cf. L. 14 décembre 1879, art. 1 et *supra*, § 131. Quelque rigoureux que soit ce principe, il doit recevoir certaines exceptions. En effet il peut se faire que dans l'intervalle des sessions parlementaires, le gouvernement ait besoin d'argent dans des conditions urgentes, soit pour le fonctionnement des services pour lesquels il n'y a eu au budget que des crédits insuffisants, soit pour parer à des nécessités urgentes et imprévues. En un mot, suivant la terminologie financière, le gouvernement peut avoir besoin de crédits *supplémentaires* ou *extraordinaires*. Régulièrement il devrait convoquer les chambres pour les leur demander. Mais c'est une grave opération, qui peut à certain moment avoir des inconvénients sérieux, inquiéter l'opinion. D'un autre côté l'urgence peut être si grande que le gouvernement soit dans l'impossibilité de convoquer les chambres. Il fallait donc que le président de la république

fût exceptionnellement autorisé à ouvrir par un décret des crédits supplémentaires et extraordinaires, sous la condition de la ratification postérieure par les chambres.

L'expérience a montré que ce droit qu'on a toujours reconnu au gouvernement a souvent prêté à de graves abus. Notamment pendant la période du 16 mai le gouvernement ordonna, dans des conditions certainement arbitraires, l'ouverture de nombreux crédits. Le but de la loi du 14 décembre 1879 a été d'empêcher le retour de ces abus et de déterminer d'une manière précise les cas dans lesquels et les conditions sous lesquelles des crédits supplémentaires ou extraordinaires peuvent être ouverts par décret du président de la république.

La loi du 14 décembre 1879 détermine d'abord ce que sont les crédits *supplémentaires* et les crédits *extraordinaires*. Les crédits *supplémentaires* sont ceux qui doivent pourvoir à l'insuffisance dûment justifiée d'un service porté au budget et qui ont pour objet un service déjà voté, sans modification dans la nature de ce service. Les crédits *extraordinaires* sont ceux commandés par des circonstances urgentes et imprévues et qui ont pour objet ou la création d'un service nouveau ou l'extension d'un service inscrit dans la loi des finances au-delà des bornes déterminées par cette loi (L. 14 décembre 1879, art. 2).

« Dans l'intervalle des sessions des chambres » des crédits supplémentaires ou extraordinaires peuvent être ouverts par décret. Cela n'est possible que dans l'intervalle des sessions des chambres, après clôture par un décret. En effet l'art. 4 de la loi du 14 décembre 1879, vise expressément et exclusivement le § 1 de l'art. 2 de la loi const. du 16 juillet 1875. Par conséquent ces crédits ne pourraient pas être ouverts par décret pendant l'ajournement des chambres prononcé conformément au § 2 de l'art. 2 de la loi du 16 juillet 1875. Ils ne pourraient pas *a fortiori* être ouverts pendant la période de dissolution de la chambre des députés prononcée conformément à l'art. 5 de la loi du 25 février 1875. Le législateur de 1879 a voulu précisément prévenir le retour des abus commis par le gouvernement pendant la période de la dissolution de la chambre qui suivit le 16 mai 1877.

Pendant l'intervalle des sessions parlementaires, ne peuvent point être ouverts par décret tous crédits supplémentaires et tous crédits extraordinaires. Ne

peuvent être ouverts par décret que les crédits supplémentaires afférents aux services compris dans une nomenclature annexée chaque année à la loi générale des finances. Cf. L. de finances 17 avril 1906, art. 70 et l'état F. Quant aux crédits extraordinaires, seuls peuvent être ouverts par décret ceux qui n'ont point pour objet la création d'un service nouveau; ceux qui ont pour objet la création d'un service nouveau ne peuvent être ouverts que par une loi (L. 14 décembre 1879, art. 5).

Le décret qui ouvre dans l'intervalle des sessions des chambres un crédit extraordinaire ou supplémentaire doit réunir trois conditions : 1° il doit être délibéré et approuvé en conseil des ministres; 2° il doit être rendu en conseil d'Etat; 3° il doit indiquer les voies et moyens qui seront affectés au crédit ainsi ouvert (L. 14 décembre 1879, art. 4, § 1).

Le gouvernement n'ouvre ces crédits que provisoirement; il faut qu'ils soient ratifiés par les chambres. L'art. 4, § 2 de la loi de 1879 porte en effet : « Ces décrets (portant ouverture de crédits supplémentaires ou extraordinaires) seront soumis à la sanction des chambres dans la première quinzaine de leur prochaine réunion ». Le plus souvent les chambres ne pourront que les ratifier; car les crédits seront dépensés et elles se trouveront en présence du fait accompli. Cependant, si l'une des chambres estimait que les conditions de forme exigées par la loi de 1879 n'ont pas été remplies, ou que les ministres ont, quoique en une forme régulière, engagé des dépenses inutiles, elle pourrait certainement mettre en jeu la *responsabilité civile* des ministres dans les conditions qui seront étudiées au § 146. En exigeant la ratification par le parlement, le législateur ne peut pas avoir eu en vue une ratification de pure forme; et cette disposition de l'art. 4, § 2 de la loi du 14 décembre 1879 implique reconnaissance du principe de la *responsabilité civile* ministérielle.

De la loi du 14 décembre 1879, rapp. l'art. 14 de la loi du 26 février 1887 et l'art. 29 de la loi du 18 juillet 1892.

Outre les actes qui viennent d'être indiqués dans ce §, le président de la république signe un grand nombre d'actes administratifs qu'il est impossible d'indiquer ici. Le gouvernement agit souvent comme autorité administrative supérieure dans le pays ; et le législateur lui a donné compétence pour faire des actes administratifs qu'il considère comme très importants. Le gouvernement fait notamment un grand nombre d'actes de contrôle administratif.

139. De l'initiative et de la promulgation des lois. — Le président de la république personnifiant le gouvernement a l'initiative des lois : « Le président de la république a l'initiative des lois concurremment avec les membres des deux chambres » (L. 25 février 1875, art. 3, § 1). Ainsi il participe directement à la confection des lois. Ce droit d'initiative a été étudié au § 121.

Promulgation de la loi. — « Le président de la république promulgue les lois dans le mois qui suit la transmission au gouvernement de la loi définitivement adoptée. Il doit promulguer dans les trois jours les lois dont la promulgation, par un vote exprès dans l'une et l'autre chambre, aura été déclarée urgente » (LL. const. 16 juillet 1875, art. 7 et 25 février 1875, art. 3, § 1). Le texte de la loi voté définitivement par les deux chambres est expédié en double exemplaire par les soins du président de la chambre qui l'a voté en dernier lieu. Chacune de ces expéditions est signée par le président de la chambre et un certain nombre de secrétaires. L'une reste déposée aux archives de l'assemblée et l'autre est transmise au président de la république ou plus exactement au ministre du département auquel la loi se rattache par son objet. C'est lui qui la soumettra à la signature du président de la république pour la promulgation (Règl. sénat, art. 120; chambre, art. 143).

La promulgation est l'acte par lequel le président

de la république affirme, en la formule consacrée, que la loi a été régulièrement votée par les chambres, qu'elle doit être appliquée par les autorités administratives et judiciaires et qu'elle s'impose à tous.

Portalis disait de la promulgation : « C'est l'édition solennelle de la loi, le moyen de constater son existence et de *lier le peuple à son exécution* ». La formule actuelle de la promulgation fait d'ailleurs très nettement ressortir le vrai caractère de la promulgation. Elle a été fixée par le décret du 6 avril 1876 qui porte : « A l'avenir les lois seront promulguées dans la forme suivante : *Le sénat et la chambre des députés ont adopté, le président de la république promulgue la loi dont la teneur suit...* (Le texte de la loi). *La présente loi, délibérée et adoptée par le sénat et par la chambre des députés, sera exécutée comme loi de l'Etat* ». Suit l'indication du lieu et de la date de la promulgation, la signature du président de la république et le contreseing d'un ministre.

La formule de la promulgation montre bien que la promulgation est le complément indispensable de la loi, que tant qu'il n'y a pas promulgation, il n'y a pas à proprement parler de loi, que nul n'est tenu d'obéir à cette prétendue loi qui n'est point encore promulguée, que les tribunaux, que les autorités, non seulement ne sont pas tenus d'appliquer une loi non promulguée, mais ne peuvent pas l'appliquer. En un mot par la promulgation le président de la république est directement et vraiment associé à la confection de la loi.

Il résulte de cela que la seule date véritable d'une loi est la date de sa promulgation, comme on dit quelquefois la date du *fait à.....*

L'usage de citer les lois par la date de leur promulgation paraît aujourd'hui définitivement établi.

Cependant ce caractère de la promulgation est parfois contesté. Certains auteurs voient dans la promulgation le premier acte d'exécution et soutiennent que par conséquent la véritable date de la loi est toujours la date du dernier vote. M. Ducroq notamment a soutenu cette opinion et déclaré que depuis 1875 toutes les lois sont mal datées (Ducroq, *Etudes de droit public,* p. 1-17; *Droit administratif,* 7e édit., 1897, I, p. 64). Nous maintenons notre opinion. Sans revenir sur la question de savoir si la fonction exécutive existe comme fonction spécifiquement distincte de l'Etat (cf. § 47), il est évident que si la fonction exécutive existe, un acte d'exé-

cution ne peut être que l'accomplissement d'un fait prescrit par cette loi ou une mesure ayant pour but d'empêcher des faits interdits par cette loi. Or la promulgation n'est point cela. Le président de la république ne fait point un acte prescrit par la loi qu'il promulgue, ou un acte destiné à empêcher un acte interdit par la loi. Il ordonne qu'on fasse ces actes; il ordonne qu'on exécute la loi: or ordonner qu'on exécute une loi, ce n'est point exécuter cette loi.

Le président de la république doit promulguer la loi dans un certain délai (L. 16 juillet 1875, art. 7, § 1). En principe, il doit la promulguer dans le mois qui suit la transmission du texte au gouvernement par le président de la chambre qui l'a voté en dernier lieu. Cela ne soulève aucune difficulté. Mais il doit promulguer la loi dans les trois jours, quand par un vote exprès dans chacune des deux chambres, la promulgation a été déclarée urgente.

Il faut remarquer qu'il ne s'agit pas ici de la déclaration générale d'urgence. Y aurait-il eu déclaration générale d'urgence, le président de la république aurait néanmoins un mois pour promulguer la loi. Il faut qu'il y ait eu déclaration spéciale qu'il y a urgence à promulguer la loi. Cette déclaration spéciale d'urgence de la promulgation est prévue et réglementée par le règlement des chambres, sénat art. 94 et chambre art. 77. La proposition de déclaration spéciale d'urgence de la promulgation ne peut être faite, soit au sénat, soit à la chambre, qu'après le vote sur l'ensemble de la loi. L'assemblée est alors consultée sur le point de savoir « si la loi sera promulguée d'urgence, dans les trois jours, aux termes de l'art. 7 de la loi const. du 16 juillet 1875 ». Ce délai de trois jours ne s'impose au président de la république que lorsque ce vote a été émis expressément dans l'une et l'autre chambre.

De la publication des lois. — Il importe de ne pas confondre (ce que l'on fait cependant souvent, ce qu'a fait parfois même le législateur), la promulgation avec la publication. La promulgation est un acte juridique dont on vient de déterminer le caractère. La publication est le fait par lequel la loi est portée à la connaissance du public.

Aujourd'hui le mode de publication des lois est réglé par le décret du 5 novembre 1870. Elle résulte, en principe, de l'insertion du texte de la loi au *Journal officiel* de la république française (D. 5 novembre 1870, art. 1, § 1).

Le texte porte : « La promulgation des lois et décrets résultera de leur insertion au *Journal officiel* ». C'est évidemment une erreur ; la promulgation est un acte juridique qui ne peut résulter que de la volonté de l'autorité chargée de le faire. Ce qui résulte de l'insertion au *Journal officiel*, c'est un des éléments, le principal, de la publication. En effet, pour qu'une loi, régulièrement votée et promulguée, soit portée à la connaissance du public, il faut qu'elle soit ou inscrite sur une affiche ou insérée dans une feuille publique. C'est ce dernier mode de publication qui est établi par le décret de 1871 ; et la feuille publique est le *Journal officiel* de la république française ; la loi *promulguée* y est *publiée*. Dire que la loi y est promulguée, c'est dire une erreur.

La loi ne devient pas obligatoire immédiatement après l'apparition du *Journal officiel*. A Paris, les lois ne sont obligatoires qu'un jour franc après le jour de la publication du numéro du *Journal officiel* qui en contient le texte. Partout ailleurs, les lois ne sont obligatoires qu'un jour franc après que le numéro du *Journal officiel* qui en contient le texte est parvenu au chef-lieu de l'arrondissement (D. 5 novembre 1870, art. 2). D'après ce même décret (art. 3), les préfets et les sous-préfets doivent prendre les mesures nécessaires pour qu'en outre les actes législatifs soient imprimés et affichés partout où besoin est. A cet égard, ils donneront aux maires les ordres qu'ils jugeront convenables (L. 5 avril 1884, art. 92, n° 1).

Lorsque les délais qu'on vient d'indiquer sont expirés, nul n'est censé ignorer la loi. C'est le vieux principe toujours vrai et qu'il est indispensable de maintenir énergiquement. Cependant l'art. 4 du décret du 5 novembre 1870 permet aux tribunaux d'accueillir sous certaines conditions l'exception d'ignorance de la loi. Il est dit en effet à l'art. 4 de ce décret : « Les tribunaux et les autorités administratives et militaires pourront selon les circonstances accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants, si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs à partir de la *promulgation* ». Encore ici le rédacteur du décret a écrit *promulgation* au lieu de *publication*. Ce délai de trois jours francs, pendant lequel l'exception d'ignorance de la loi peut être admise part en effet du jour de l'apparition du numéro du *Journal officiel* contenant le texte de la loi.

La date de la promulgation est le jour où le président de la république appose sa signature au-dessous de la formule de la promulgation. Le jour de l'insertion au *Journal officiel* peut être sensiblement postérieur. Le gouvernement cependant est-il sur ce point

soumis à une règle ? Nous croyons qu'il peut faire ce qu'il veut, à la condition toutefois que la publication au *Journal officiel* ait lieu dans les délais d'un mois ou de trois jours fixés par l'art. 7, § 1 de la loi const. du 16 juillet 1875. Assurément ce texte ne parle que de la promulgation ; mais il nous paraît impliquer en même temps que la loi promulguée soit publiée dans ces délais. Evidemment le gouvernement violerait, sinon le texte, du moins la pensée évidente du législateur constituant, si, la loi ayant été promulguée dans le mois ou les trois jours, il en empêchait l'application dans ces délais en ne la publiant que postérieurement à leur expiration.

Le décret du 5 novembre 1870 (art. 1, § 2) porte en outre : « Le *Bulletin des lois* continuera à être publié et l'insertion qui y sera faite des actes non insérés au *Journal officiel* en opèrera *promulgation* ». Ce texte appelle toujours la même observation : l'insertion au *Bulletin des lois* n'entraîne pas *promulgation*, mais bien *publication* de la loi. La pensée du rédacteur du décret du 5 novembre 1870 était donc que la publication des lois par l'insertion au *Journal officiel* était simplement facultative, que toutes les lois seraient insérées comme auparavant au *Bulletin des lois*, et que pour celles qui ne seraient pas insérées au *Journal officiel*, leur publication résulterait de leur insertion au *Bulletin des lois*. En fait aujourd'hui toutes les lois sont publiées à l'*Officiel*. Cependant le *Bulletin des lois* est toujours publié et forme un recueil général des lois françaises.

Pour les lois qui sont insérées à la fois au *Journal officiel* et au *Bulletin des lois*, au cas, plus fréquent qu'on pourrait le croire, de divergence de texte, le texte qui s'impose est celui donné par le *Journal officiel*. En effet, il résulte de l'art. 1 du décret du 5 novembre 1870 que pour les lois insérées et publiées à l'*Officiel* et au *Bulletin des lois*, celui-ci ne vaut que comme publication privée.

Si le texte d'une loi n'était pas aujourd'hui inséré dans le *Journal officiel*, sa publication résulterait de son insertion au *Bulletin des lois* et il faudrait appliquer l'art. 1 du code civil complété par l'ordonnance du 27 novembre 1816. La loi serait réputée connue à Paris un jour après que le numéro du *Bulletin des lois* contenant le texte de la loi sera parvenu au ministère de la justice, et dans les départements après l'expiration du même délai augmenté d'autant de jours qu'il y a de fois dix myriamètres entre la ville où la promulgation aura été faite et le chef-lieu de chaque département. Il est évident qu'un pareil système n'est plus du tout en harmonie avec la rapidité actuelle des communications (Ord. 27 novembre 1816 ; cf. Ord. 18 janvier 1817).

Du veto suspensif du président de la république. — Le président de la république doit promulguer les lois dans les délais fixés par l'art. 7 de la loi const. du 16 juillet 1875. C'est pour lui incontestablement une

obligation et s'il ne le faisait pas il violerait la constitution. Le refus ou le retard de la promulgation peuvent évidemment engager la responsabilité ministérielle. Mais le législateur n'a organisé et ne pouvait organiser aucun moyen pour contraindre directement le président de la république à faire la promulgation de la loi et à la faire dans les délais prescrits. Il n'a organisé non plus aucun moyen de suppléer à la promulgation présidentielle de la loi. Ainsi par son abstention le président de la république pourrait empêcher indéfiniment l'application d'une loi. Encore un cas où la loi constitutionnelle n'a d'autre sanction que la loyauté des hommes qui l'appliquent, particulièrement du président de la république.

Aux termes de l'art. 59 de la constitution de 1848, à défaut de promulgation par le président de la république dans les délais prescrits par la constitution, il devait y être pourvu par le président de l'assemblée nationale. Il n'y a point de disposition analogue dans les lois constitutionnelles de 1875.

Outre ce pouvoir de fait, et d'ailleurs inconstitutionnel, de retarder par son abstention indéfiniment l'application de la loi, le président de la république possède un pouvoir légal de *veto* suspensif, qui est établi par l'art. 7, § 2 de la loi du 16 juillet 1875 : « Dans le délai fixé pour la promulgation, le président de la république peut, par un message motivé, demander aux deux chambres une seconde délibération qui ne peut être refusée ». De ce texte, il faut rapprocher les art. 77 du règlement du sénat et 33 de la chambre rédigés en termes identiques : « Lorsque, en vertu de l'art. 7 de la loi const. du 16 juillet 1875, le président de la république demande une nouvelle délibération de la chambre, le message motivé est distribué. La chambre se réunit dans ses bureaux et nomme une commission, sur le rapport de laquelle il est procédé à la nouvelle délibération ». L'art. 7, § 2 de la loi du 16 juillet 1875 établit au profit du président de la république un véritable droit de *veto* suspensif.

Le *veto* suspensif du président de la république se rattache his-

toriquement au droit de sanction royale, au *veto* royal suspensif de la constitution de 1791 et au *veto* suspensif présidentiel de la constitution de 1848. Il doit être rapproché du *veto* suspensif donné au président par la constitution américaine.

Théoriquement, il y a une différence capitale entre la *sanction royale* et le *veto* même absolu. La sanction royale implique que la loi n'est faite que par le concours des volontés de l'assemblée et du roi. Tant qu'il n'y a pas le concours de ces deux volontés, il n'y a pas de loi. L'assemblée établit le dispositif de la loi; le monarque lui donne force obligatoire. La sanction ainsi comprise existait dans le vieux droit constitutionnel anglais, d'après lequel le roi fait partie intégrante du parlement, et d'après lequel la loi est voulue par le roi en son parlement; théoriquement, la loi résulte du concours des volontés des chambres et du roi. On sait que depuis longtemps ce droit de sanction est tombé en désuétude, et que, en fait, le parlement anglais fait seul la loi.

Le droit de sanction royale ainsi compris a été très nettement consacré en France par les art. 14, 15 et 22 de la Charte de 1814 : « Le roi est le *chef suprême* de l'Etat... La *puissance législative* s'exerce collectivement par le roi, la chambre des pairs et la chambre des députés des départements. Le roi seul sanctionne et promulgue les lois ». Même disposition dans les art. 14 et 18 de la Charte de 1830. D'après ces textes, le roi n'a pas seulement un droit de *veto;* mais il a le droit de faire la loi avec les chambres, et le dispositif voté par la chambre n'est une loi que lorsqu'il lui a donné la force législative par sa sanction. C'est aussi le droit de sanction ainsi compris que la constitution de 1852 (art. 4 et 10) donnait au président de la république et à l'empereur.

C'est enfin ainsi que les auteurs allemands comprennent le droit de sanction de l'empereur allemand et des monarques allemands en général. M. Laband écrit que dans toute loi il y a deux choses, une disposition qui établit une règle de droit, et un ordre qui contient l'injonction de se soumettre à la disposition de droit que contient la loi. La disposition est votée par le parlement; l'ordre de se soumettre à la loi, c'est la sanction; elle émane du chef de de l'Etat, et tant qu'elle n'est pas intervenue, il n'y a pas loi parce qu'il manque un des éléments essentiels de la loi, l'ordre législatif (Laband, *Droit public*, édit. franç., 1901, II, p. 263 et 273).

Le *veto*, même absolu, est théoriquement différent; et même, comme le fait observer M. Bompard, il est l'opposé, le contraire de la sanction (R. Bompard, *Le veto du président de la république et la sanction royale*, 1906, p. 88). En effet le *veto* suppose que la loi est faite et vaut comme loi par la décision du parlement; mais le chef de l'Etat a le pouvoir de s'opposer, d'une manière absolue ou pour un certain temps, à la promulgation de la loi et par voie de conséquence à son exécution. Suivant les expressions de Montesquieu, avec la sanction le chef de l'Etat a la *faculté de statuer;*

avec le *veto*, il a seulement la *faculté d'empêcher*. C'est ainsi que le droit de *veto* fut compris en 1789 dans les longues et célèbres discussions qui aboutirent aux art. 1-8 de la sect. III du chap. III du titre III de la constitution de 1791. Cf. ces discussions, *Arch. parl.*, 1re série, VIII, p. 514 et suiv. Même pour ceux qui entendaient donner au roi le *veto* absolu, comme Mounier, la loi serait émanée de l'assemblée législative toute seule, mais le roi aurait pu s'opposer indéfiniment à son exécution. On n'accorde au roi que le *veto* suspensif pour deux législatures.

La constitution américaine accorde au président de la république un droit de *veto* suspensif dont l'étendue est déterminée dans des termes très nets par le § 2 de la section VII de l'art. I : « Tout *bill* qui aura passé à la chambre des représentants et au sénat devra, avant de devenir loi, être présenté au président des Etats-Unis. Si celui-ci l'approuve, il le signera ; mais s'il ne l'approuve pas, il le renverra avec ses objections à la chambre où le *bill* a pris naissance; cette chambre fera transcrire *in-extenso* les objections du président sur son procès-verbal et procédera à un nouvel examen du *bill*. Si après le second examen les deux tiers des membres de cette chambre sont d'accord pour voter la loi, le *bill*, toujours accompagné des objections présidentielles, sera transmis à l'autre chambre, qui l'examinera de même une seconde fois, et s'il est approuvé par les deux tiers de cette chambre, le *bill* deviendra loi. Dans tous les cas de ce genre les deux chambres voteront par oui et non, et chacune d'elles portera sur son procès-verbal les noms des membres qui voteront pour et contre le *bill*. Dans le cas où un *bill* ne serait pas renvoyé par le président dix jours après qu'il lui aura été présenté..., le *bill* sera loi comme si le président l'avait signé, à moins que le congrès en s'ajournant n'en empêche le renvoi, auquel cas le *bill* ne sera pas loi ». M. Bryce a montré que ce droit de *veto* constituait la principale force du président américain (Bryce, *La république américaine*, édit. franç., 1900, I, p. 324-325). Le président américain fait un fréquent usage de ce droit de *veto*; et avec la position considérable que la constitution et les circonstances lui ont faite, il exerce par là une action considérable sur la législation. Cf. *supra*, § 59, et surtout Barthélemy, *La condition actuelle du président des Etats-Unis, Revue politique et parlem.*, 10 février 1906, p. 277 et *Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques*, 1907, p. 102 et suiv. ; H. Bosc, *Les droits législatifs du président des Etats-Unis*, 1906, p. 157 et suiv. ; R. Bompard, *Le veto du président de la république et la sanction royale*, 1906, p. 89 et suiv.

La constitution française de 1848 donnait aussi au président de la république le droit de *veto* suspensif : « Dans le délai fixé pour la promulgation (un mois pour les lois ordinaires, trois jours pour les lois d'urgence), le président de la république peut, par un message motivé, demander une nouvelle délibération. L'assemblée délibère;

sa résolution devient définitive; elle est transmise au président de la république. En ce cas, la promulgation a lieu dans le délai fixé pour les lois d'urgence » (art. 58). La loi du 13 mars 1873, qui réglait les pouvoirs de M. Thiers, contenait un article 2 ainsi conçu : « Le président promulgue les lois déclarées urgentes dans les trois jours et les lois non urgentes dans le mois après le vote de l'assemblée. Dans le délai de trois jours, lorsqu'il s'agira d'une loi non soumise à trois lectures, le président de la république aura le droit de demander, par un message motivé, une nouvelle délibération. Pour les lois soumises à la formalité des trois lectures, le président de la république aura le droit, après la seconde, de demander que la mise à l'ordre du jour pour la troisième délibération ne soit fixée qu'après le délai de deux mois ». La seconde partie de cette disposition établissait une sorte de *veto* préventif.

Il est certain que le législateur de 1875, dans l'art. 7, § 2 de la loi du 16 juillet 1875, s'est inspiré des dispositions de la constitution de 1848 et de la loi de 1873. Le texte fut voté sans difficulté.

Depuis 1875, le président de la république n'a pas exercé une seule fois le droit de *veto* suspensif. Il faut bien dire qu'en fait il lui est assez difficile de l'exercer, à notre avis toujours à cause de la faiblesse irrémédiable qui tient à son mode d'élection. M. Esmein estime que l'impossibilité d'exercer ce droit de *veto* suspensif tient à l'irresponsabilité du président et à l'obligation où il est d'exercer ce droit par l'intermédiaire des ministres. Si la loi votée a été un projet signé du président de la république, il sera mal venu à demander à ses ministres, qui l'ont présenté et soutenu avec son agrément, de lire un message motivé demandant une nouvelle délibération. Si le projet présenté par le ministère a été voté, mais avec des modifications qu'il combattait, ou si une proposition de loi a été votée malgré le ministère, celui-ci est démissionnaire et ne pourra transmettre le message demandant une nouvelle délibération. Le nouveau ministère ne le fera pas davantage, parce qu'il aura été pris dans la majorité qui a voté la loi. Le *veto* suspensif peut donc être exercé par un président qui exerce une action personnelle comme le président américain; il ne peut pas l'être par un président parlementaire et irresponsable comme le président de la république française (Esmein, *Droit const.*, 4e édit., 1906, p. 573; cf. dans le même sens, R. Bompard, *Le veto du président de la république et la sanction royale*, 1906, p. 273 et suiv.).

Nous ne croyons pas que cette impossibilité d'exercer le *veto* suspensif soit aussi radicale que le prétendent M. Esmein et M. Bompard. Ils semblent dire qu'il y a en quelque sorte une impossibilité de droit. Nous croyons qu'il y a seulement une difficulté de fait, tenant uniquement au mode de nomination du président de la république. L'exercice du droit de *veto* suspensif ne présente pas en droit plus de difficulté que l'exercice du droit de dissolution, et en fait c'est pour les mêmes causes qu'il n'est jamais exercé. Voici en

effet comment théoriquement peut parfaitement fonctionner le droit de *veto*. Il est bien certain que si les chambres ont voté tel quel un projet présenté au nom du président de la république, celui-ci n'aura ni le pouvoir ni la pensée d'exercer son droit de *veto*. Si les chambres ont adopté après modification un projet ministériel ou adopté une proposition contre l'avis du ministère, celui-ci n'aura point nécessairement donné sa démission; le président de la république peut très constitutionnellement lui demander de rester aux affaires et par lui exercer son droit de *veto*. Si les chambres persistent dans leur vote, alors seulement le ministère devra se retirer, à moins cependant que le président ne veuille faire la dissolution, si du moins il obtient l'assentiment du sénat. Enfin le ministère ayant accepté soit une modification à un projet, soit une proposition, le président peut certainement désavouer ses ministres, leur demander leur démission, prendre soit un cabinet d'affaires, soit un cabinet de minorité, demander par son intermédiaire une nouvelle délibération, et ne promulguer la loi que lorsque les chambres auront voté une seconde fois la loi, sauf encore à faire la dissolution s'il a le consentement du sénat. Dans tout cela, nous ne voyons aucune impossibilité de droit; tous les rouages de la constitution peuvent parfaitement fonctionner; et le président de la république n'a qu'à vouloir. Seulement il n'a pas voulu jusqu'ici, et il ne voudra probablement pas tant qu'il sera élu par les chambres. Seul un président ayant dans le pays une grande situation personnelle, due à son nom, à son prestige, aux services éminents rendus au pays, pourrait, malgré le mode d'élection présidentielle, exercer ce droit de *veto* et le droit de dissolution.

La question de l'exercice du *veto* présidentiel a soulevé aux mois de février et de mars 1905 une intéressante controverse à propos du vote de la loi militaire (L. 21 mars 1905) réduisant le service militaire à deux ans. Dans la séance du sénat du 17 février 1905, M. le général Billot ayant dit : « Et s'il le fallait, je me rappellerai que de par la constitution... toute espérance ne serait pas perdue, alors même que la chambre des députés aurait voté votre loi, car le chef de l'Etat a le pouvoir de provoquer une nouvelle délibération », M. le président Fallières interrompit l'orateur par ces mots : « Il ne m'est pas possible de vous laisser prononcer ces paroles. Il ne faut pas faire intervenir le chef de l'Etat dans cette discussion, ni surtout faire appel à lui contre la volonté des chambres ». M. le général Billot répondit très justement : « C'est tout au long dans la constitution ». M. le président du sénat l'avait oublié. A la suite de cet incident, *Le Temps* du 22 février 1905 publiait une très intéressante lettre de M. Casimir-Perier, où l'ancien président de la république soutenait que le président de la république, étant irresponsable, ne pouvant rien faire que par ses ministres, ne pouvait pas demander une nouvelle délibération d'une loi, par l'intermédiaire de ministres qui avaient soutenu cette loi, comme ils l'avaient fait

pour la loi militaire, que même il ne pourrait pas congédier des ministres qui ne voudraient pas s'en aller, puisque le décret qui nomme un nouveau ministère doit être contresigné par le président du conseil du précédent ministère, qu'ainsi le président de la république n'est même pas libre de choisir ses ministres. Il rappelait aussi que le président de 1848 était responsable (art. 68, § 1) et que les décrets de nomination et de révocation des ministres n'avaient pas besoin du contre-seing (art. 64 et 67), et il concluait : « Le président de 1848 était tout puissant. Le président tel que l'a voulu l'Assemblée nationale est réduit à l'impuissance. Parmi tous les pouvoirs qui lui semblent attribués, il n'en est qu'un qu'il puisse exercer librement et personnellement, c'est la présidence des solennités nationales ». Cette lettre provoqua une longue polémique. Les uns comme MM. Jules Roche (*Le Figaro*, 23 février 1905), J. Reinach (*Le Temps*, 23 février 1905), de Marcère (*Le Figaro*, 2 mars 1905), Th. Ferneuil (*La République française*, 23 février 1905), de Lanessan (*Le Siècle*. 26 février 1905) soutinrent que si le président de la république le voulait bien, il pourrait exercer son droit de *veto* et trouverait toujours un ministère pour transmettre son message aux chambres, en donner lecture et le soutenir. Dans une lettre au *Temps* du 8 mars 1905, M. Bompard soutint au contraire l'impossibilité absolue pour le président d'exercer son droit de *veto* pour les raisons précédemment indiquées. Nous avons dit ce que nous en pensions. M. Bompard, dans une lettre au *Temps* du 24 avril 1905, indique les réformes constitutionnelles qui selon lui permettraient au président de la république d'exercer son droit de *veto* ; elles consisteraient à donner au président une situation se rapprochant de celle faite au président américain. C'est à notre avis une utopie de vouloir créer de toutes pièces en France un président de la république sur le type américain. Le président de la république française ne pourra en fait exercer son droit de *veto* et son droit de dissolution que le jour où il représentera dans le pays une force sociale réelle.

140. Le pouvoir réglementaire du président de la république. — Le président de la république fait des règlements, beaucoup de règlements ; et le nombre en augmente chaque jour. L'activité de l'Etat s'accroissant continuellement, le parlement est dans l'impossibilité matérielle de voter lui-même toutes les dispositions réglementaires qui sont nécessaires. Nous avons établi au § 40 que les règlements, quelle que soit l'autorité dont ils émanent, ne sont pas des actes administratifs, qu'ils contiennent par définition même des dispositions par voie générale et abstraite, et que par conséquent ils sont, au point de vue matériel, des actes

législatifs, de véritables actes législatifs. Cela étant établi, une question se pose. Dans un pays comme le nôtre, dont la constitution décide que le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, la chambre des députés et le sénat (L. const. 25 février, art. 1, § 1), que le président de la république ne participe à la confection des lois que par l'initiative et la promulgation (L. const. 25 février, art. 3, § 1), comment peut-on comprendre qu'il puisse faire seul, avec le simple contre-seing ministériel, un acte d'ordre législatif ? On a voulu résoudre la question en soutenant que les règlements n'étaient pas des actes législatifs, mais des actes exécutifs ou même administratifs. Nous avons démontré et nous venons de rappeler qu'il n'en est pas ainsi. On a essayé aussi de résoudre le problème en faisant une distinction entre les matières dites *législatives* et les matières dites *réglementaires*, les premières étant celles sur lesquelles une disposition par voie générale et abstraite ne peut être édictée que par un acte fait en forme de loi, c'est-à-dire aujourd'hui que par un acte voté par les deux chambres et promulgué par le président de la république, et les matières réglementaires celles sur lesquelles une disposition par voie générale et abstraite peut être édictée par un décret, c'est-à-dire un acte signé du président de la république et contresigné par un ministre. Mais quand on a voulu déterminer un critérium général de la distinction des matières législatives et des matières réglementaires, on a été dans l'impossibilité absolue de le faire.

La vérité, c'est qu'on ne peut point établir une théorie générale du pouvoir réglementaire du chef de l'Etat en France. Les hypothèses où il exerce ce pouvoir sont nombreuses, variées, et dans chacune celui-ci se rattache à des principes différents. Il faut examiner séparément et successivement chacune de ces hypothèses.

Cependant, pour toutes il y a cela de commun que les règlements sont des actes législatifs matériels.

Mais il ne faut point en conclure que par là ils échappent à tout recours, et que le président de la république puisse par un décret réglementaire modifier la loi ou y déroger. En effet la force obligatoire d'un acte et les voies de recours dont il est susceptible ne dépendent point de la nature intrinsèque de cet acte, mais du caractère de l'organe ou de l'agent qui l'a fait. Un acte fait en forme de loi ne peut être modifié ou abrogé que par un acte fait en forme de loi. Le décret réglementaire du président de la république est une loi au point de vue matériel, mais il n'est pas fait en la forme de loi ; il est fait en la forme de décret présidentiel ; il est donc de toute évidence qu'il ne peut modifier ou abroger une loi formelle ou y déroger. D'autre part de ce que le règlement présidentiel est un acte législatif au point de vue matériel, on ne peut point en conclure qu'il soit insusceptible du recours contentieux en annulation ou de l'exception d'illégalité. La recevabilité du recours et de l'exception dépend du caractère que l'on attribue au président de la république exerçant le pouvoir réglementaire. Si l'on voit en lui un organe représentatif agissant avec le concours du parlement, il n'y a pas évidemment de recours possible. Si au contraire, comme c'est aujourd'hui la tendance générale (cf. *supra*, § 62), on voit dans le président de la république simplement une autorité administrative, le recours contentieux et l'exception d'illégalité sont toujours recevables. On indiquera plus loin les solutions aujourd'hui données par la jurisprudence.

L'accroissement constant du nombre des règlements a provoqué sur cette question l'éclosion d'une littérature abondante. En France : Valegeas, *Du pouvoir réglementaire*, thèse Bordeaux, 1892 ; Raiga, *Le pouvoir réglementaire du président de la république*, thèse Paris, 1900 ; Mme Balakowski-Petit, *La loi et l'ordonnance dans les Etats qui ne connaissent pas la séparation des pouvoirs*, 1901 ; Moreau, *Le règlement administratif*, 1902 ; Caben, *La loi et le règlement*, 1903. Revues : Bazille, *Revue générale d'administration*, 1881, I, p. 271 ; Dejamme, même *Revue*, 1892, III, p. 257 ; Esmein, *De la délégation du pouvoir legislatif*, *Revue politique et*

parlem., août 1894, p. 209; Berthélemy, *Le pouvoir réglementaire du président de la république*, même *Revue*, janvier et février 1898, p. 5 et p. 322. Parmi les ouvrages généraux, lire surtout Hauriou, *Droit administratif*, 5e édit., 1902, p. 19 et suiv. et 6e édit., 1907, p. 298 et suiv.; Esmein, *Droit const.*, 4e édit., 1906, p. 438 et 574. — En Allemagne, le livre fondamental sur le pouvoir réglementaire est celui de Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887. Cf. aussi Laband, *Droit public*, édit. franç., 1901, I, tout le chap. VI, p. 260 et suiv.; Rosin, *Polizeiverordnungsrecht*, 2e édit., 1895.

Les différents cas où le président de la république exerce le pouvoir réglementaire peuvent se grouper sous cinq chefs généraux :

1° Le président de la république légifère par voie de décret réglementaire dans certaines colonies, en vertu d'une compétence permanente à lui donnée par une loi formelle. — La constitutionnalité d'une loi qui donne au chef de l'Etat le droit de légiférer dans les colonies n'est pas douteuse. En effet aujourd'hui la loi constitutionnelle proprement dite ne s'applique certainement pas aux colonies, et partant la disposition de l'art. 1, § 1 de la loi const. du 25 février 1875, qui décide que le pouvoir législatif s'exerce par le sénat et la chambre des députés, ne saurait être invoquée.

Il y a eu à cet égard dans notre droit public, depuis la Révolution, une évolution qu'il n'est pas inutile d'indiquer. La tendance de l'Assemblée constituante et surtout de la Convention fut d'assimiler les colonies à la métropole au point de vue des régimes constitutionnel et législatif. A l'art. 6 de la const. de l'an III, notamment, il est dit : « Les colonies françaises sont parties intégrantes de la république et sont soumises à la même loi constitutionnelle ». Mais sous le consulat et le premier empire, la tendance fut toute différente. La constitution de l'an VIII (art. 91) décide que les colonies ne sont pas soumises à la constitution générale, mais à des lois spéciales. Conformément à ce principe, la loi du 30 floréal an X (art. 4) décidait que « nonobstant toutes les lois antérieures, le régime des colonies serait soumis, pendant dix ans, aux règlements qui seraient faits par le gouvernement ». Ce système était complété par l'art. 54, n° 1 du sénatusconsulte const. du 16 therminor an X, qui décide que « le sénat règle par un sénatusconsulte organique : 1° la constitution des colonies... » Mais absorbé par les guerres européennes, le gouvernement impérial se détourna des colonies.

La Charte de 1814 (art. 73) décida que les colonies seraient régies par des lois et des règlements particuliers. Mais le texte n'indiquait point dans quel cas il fallait une loi, dans quel cas un règlement

suffisait. En fait, à la faveur de ce texte, pendant toute la Restauration, le gouvernement légiféra seul par voie d'ordonnance dans toutes les colonies. Ce procédé fut très vivement critiqué par le parti libéral, et c'est pour cela que l'art. 64 de la Charte de 1830 porte que les colonies seront régies par *des lois particulières*. Le mot *règlement* de l'art. 73 de la Charte de 1814 n'était pas reproduit. En fait, rien ne fut changé et le gouvernement continua à légiférer dans les colonies par voie d'ordonnance. Mais la loi du 24 avril 1833 vint faire une distinction. Pour les anciennes colonies : la Martinique, la Guadeloupe, la Réunion et la Guyane, le gouvernement ne peut pas légiférer par voie d'ordonnance; les conseils coloniaux, créés par cette loi dans ces colonies, peuvent voter des règlements applicables dans la colonie avec l'approbation du roi. Mais, pour les matières les plus importantes, il faut une loi formelle : exercice des droits politiques, législation civile et criminelle, pouvoirs des gouverneurs en matière de police et de sûreté générale, organisation judiciaire, commerce, régime douanier. Dans certains cas limitativement énoncés, le gouvernement peut légiférer par voie d'ordonnance : organisation administrative sauf le régime municipal, police de la presse, instruction publique, milice. Les autres colonies (Etablissements français des Indes orientales, d'Afrique, Saint-Pierre et Miquelon) continuent d'être régies par *ordonnances du roi* (L. 24 avril 1833, art. 25). Cet art. 25 était certainement contraire à l'art. 64 de la Charte de 1830, qui avait pour but de soustraire toutes les colonies au régime des ordonnances. Mais il n'était pas pour cela inconstitutionnel, parce que pendant le Gouvernement de juillet la distinction des lois constitutionnelles rigides et des lois ordinaires n'était pas faite et que certainement les dispositions de la Charte de 1830 pouvaient être modifiées par une loi ordinaire (cf. *infra*, § 147).

L'art. 109 de la constitution de 1848 porte : « Le territoire de l'Algérie et des colonies est déclaré territoire français et sera régi par des lois particulières jusqu'à ce qu'une loi spéciale les place sous le régime de la présente constitution ». Le coup d'Etat du 2 décembre 1851 arriva avant qu'on n'eût rien fait.

La const. de 1852, reproduisant un texte précité (art. 54, n° 1 du sénatusconsulte du 16 thermidor an X), porte à l'art. 27 : « Le sénat règle par un sénatusconsulte : 1° la constitution de l'Algérie et des colonies... ». Il ne faut pas oublier que le sénat était un corps conservateur de la constitution et non point une assemblée législative. En vertu de cette disposition de la constitution de 1852, deux sénatusconsultes furent portés : les sénatusconsultes des 3 mai 1854 et 4 juillet 1860. Le second ne règle que des points de détails. Mais le premier est très important; il est encore aujourd'hui la base du régime législatif et réglementaire des colonies.

D'après le sénatusconsulte du 3 mai 1854, on doit distinguer d'une part les anciennes colonies Guade-

loupe, Martinique et Réunion, et d'autre part les autres colonies, y compris l'Algérie. Pour la Guadeloupe, la Martinique et la Réunion, le sénatusconsulte énumère certaines matières sur lesquelles il ne pouvait être légiféré que par sénatusconsulte; et, comme aujourd'hui il n'y a pas de sénatusconsultes, il ne peut être légiféré actuellement dans ces trois colonies que par une loi formelle sur ces différentes matières. Ce sont : l'état des personnes, le régime de la propriété, les contrats, l'exercice des droits politiques, la législation criminelle, le recrutement de l'armée. Sur toutes les autres matières, en vertu du sénatusconsulte du 3 mai 1854, le gouvernement a encore compétence pour légiférer par décrets réglementaires, suivant certaines distinctions, par décrets réglementaires simples, par décrets portant règlement d'administration publique (rendu après avis du conseil d'Etat délibéré en assemblée générale), ou par décret en conseil d'Etat. En principe le gouvernement peut légiférer par décrets réglementaires simples. Mais il faut noter qu'aujourd'hui beaucoup de lois formelles, portant sur des matières qui certainement auraient pu être réglées par un décret, ont été expressément déclarées par le législateur applicables à ces colonies (Guadeloupe, Martinique et Réunion). On peut citer comme exemple la loi municipale du 5 avril 1884, art. 165.

Pour les autres colonies y compris l'Algérie, l'art. 18 du sénatusconsulte du 3 mai 1854 porte : « Les colonies autres que la Martinique, la Guadeloupe, la Réunion seront régies par décrets de l'empereur, jusqu'à ce qu'il ait été statué à leur égard par un sénatusconsulte ». Ce sénatusconsulte n'a jamais été porté; aucune loi générale n'a jamais été faite; et aujourd'hui encore en vertu de ce texte, sur toutes les matières, même en matière criminelle, dans toutes les colonies sauf la Guadeloupe, la Martinique et la Réunion, le gouvernement légifère par simple décret.

Le gouvernement, en légiférant ainsi par décret dans les colonies, ne viole point la loi constitutionnelle. Sous le second empire cela était incontestable. La constitution de 1852 donnait au sénat pouvoir pour régler la constitution des colonies; le sénat avait ainsi une sorte de pouvoir constituant et c'est en vertu de ce pouvoir qu'il donnait par le sénatusconsulte de 1854 compétence au gouvernement de légiférer par décret. Aujourd'hui le sénatusconsulte de 1854 a force de loi ordinaire; et c'est ainsi en vertu d'une loi ordinaire que le gouvernement a compétence législative aux colonies. Or cette loi n'est pas contraire à notre constitution de 1875, parce que certainement, suivant la tradition établie depuis l'an VIII, suivie même en 1848 (cf. *supra*), elle n'était point, dans la pensée de ses auteurs, applicable aux colonies et que celles-ci restaient soumises ainsi au sénatusconsulte du 3 mai 1854.

Précisément parce que cette compétence législative du gouvernement aux colonies ne lui appartient qu'en vertu d'une loi ordinaire, les chambres peuvent toujours décider qu'une loi s'appliquera aux colonies, même aux autres colonies que la Guadeloupe, la Martinique et la Réunion, par exemple à l'Algérie. Les exemples de lois de ce genre sont nombreux. On citera seulement la loi municipale du 5 avril 1884 déclarée applicable à l'Algérie par l'art. 164. Il est incontestable que lorsqu'une loi proprement dite a décidé expressément qu'elle serait applicable aux colonies, le gouvernement ne pourrait point alors modifier ou abroger par un décret les dispositions législatives déclarées applicables aux colonies. C'est ainsi par exemple que nous n'hésitons pas à considérer comme illégal le décret du 13 octobre 1906 (*J. off.* 18 octobre), qui déclare punissable de deux à cinq ans de réclusion cellulaire tout condamné aux travaux forcés à perpétuité qui se sera rendu coupable d'évasion; ce décret modifie en réalité l'art. 7, § 3, de la loi du 30 mai 1854, qui, en pareil cas, édicte la peine de la double chaine.

Dans le cas où par un décret le gouvernement déclare applicable à telle colonie une loi de la métropole, l'acte du gouvernement n'a que la valeur d'un décret. Il en est ainsi alors même que cette loi contienne, comme cela est fréquent, un article chargeant le gouvernement « de déterminer par un règlement les conditions d'application de ladite loi aux colonies ». Cf. notamment l'art. 33 de la loi du 15 février 1902 sur la protection de la santé publique et l'art. 43, § 2 de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des églises et de l'Etat. Les règlements faits dans ces conditions restent des règlements et pourraient être modifiés ou abrogés par d'autres règlements. Ces textes en effet ne donnent au gouvernement aucune compétence nouvelle : le gouvernement avait certainement pouvoir de faire aux colonies des règlements sur l'hygiène publique et sur le régime des cultes; le législateur l'invite à prendre pour base de la réglementation qu'il édictera les dispositions d'une loi, mais le règlement qui est fait ne devient point par là une loi formelle.

Ainsi malgré son pouvoir réglementaire colonial très étendu, le gouvernement ne peut édicter aucune disposition en violation d'une loi s'appliquant à la colonie considérée. La sanction de cette prohibition se trouve évidemment dans la responsabilité ministérielle, le contrôle des chambres, le droit qu'ont toujours les chambres d'inviter le gouvernement a rapporter un décret, ou de faire une loi anéantissant ce décret. En outre, les intéressés peuvent-ils attaquer par le recours pour excès de pouvoir, devant le conseil d'Etat, un décret colonial fait en violation d'une loi applicable à la colonie considérée ? La réponse à cette question, comme à toutes les questions analogues que nous rencontrerons dans la suite, dépend du caractère que l'on attribue au président de la république exerçant le pouvoir réglementaire. Si l'on voit en lui un organe de représentation, le recours contentieux pour excès de pouvoir, seulement recevable contre les actes des autorités administratives (L. 24 mai 1872, art. 9), n'est certainement pas recevable. Si au contraire on voit dans le président de la république une autorité administrative, très haut placée, mais une simple autorité administrative, le recours pour excès de pouvoir est certainement recevable. Aujourd'hui (cf. §§ 59 et 60), le caractère représentatif du président de la république tend à disparaître; par conséquent, on marche certainement vers la recevabilité d'un pareil recours. A notre connaissance, le conseil d'Etat n'a pas eu l'occasion de se prononcer. Pour la même raison, on sera recevable à opposer l'exception d'illégalité, sur le fondement de l'art. 471, n° 15 du code pénal, permettant même aux tribunaux judiciaires d'apprécier la légalité des règlements dont on demande l'application devant eux. La cour de cassation (chambre criminelle) s'est, conformément à cette idée, reconnue compétente pour statuer sur la légalité des décrets du 29 mars et du 18 mai 1902, établissant des tribunaux répressifs indigènes en Algérie et en fait a reconnu leur légalité (Cass., 28 août 1902, S., 1903, I, p. 489). Ces décrets ont été depuis abrogés et remplacés par le décret du 9 août 1903.

M. Laferrière (*Juridiction et contentieux*, 2e édit., 1896, II, p. 422) écrit : « Echappent au recours pour excès de pouvoir les décrets du chef de l'Etat, réglant des matières sur lesquelles la constitution ou les lois lui ont conféré la puissance législative, notamment des matières de législation algérienne et coloniale ». Par cette formule M. Laferrière veut exprimer certainement une idée que nous allons rencontrer constamment dans la suite, contre laquelle nous voulons protester immédiatement. C'est l'idée de la délégation de la puissance législative faite par le parlement au chef de l'Etat; les actes du chef de l'Etat se trouvant, par l'effet de cette délégation, investis du caractère même qu'ont les actes du parlement.

L'idée de délégation doit être bannie du droit public; on ne peut déléguer qu'un droit qu'on a; or le parlement n'a pas en réalité la puissance législative, qui appartient à la nation ou plus exacte-

ment à l'Etat. Le parlement a compétence pour faire des actes en forme de loi et qui sont, parce qu'ils émanent du parlement, insusceptibles de recours. Le parlement peut donner compétence au chef de l'Etat pour édicter des dispositions par voie générale, des lois au sens matériel. Les actes qu'il fera ainsi seront toujours des actes du président de la république ; et la question est seulement de savoir si le président de la république est une autorité dont les actes sont susceptibles d'être critiqués par la voie contentieuse. Cf. *infra*, n° 2.

2° *Le président de la république légifère sur certaines matières déterminées, en vertu d'une compétence qui lui est donnée expressément par une loi formelle.* — Les exemples sont assez nombreux où une loi formelle donne expressément compétence au gouvernement pour faire des règlements sur des matières déterminées.

Nous citerons seulement les plus saillants : La loi du 27 juillet 1822 (douanes) (art. 10) porte : « Des ordonnances du roi prescriront les moyens d'ordre et de police jugés nécessaires pour empêcher la fraude ». La loi du 3 mars 1822 (loi sur la police sanitaire maritime) donne compétence au roi pour déterminer par des ordonnances « ... les mesures extraordinaires que l'invasion ou la crainte d'une maladie pestilentielle rendraient nécessaires sur les frontières de terre ou de mer ». On doit rapprocher de ce texte l'art. 8 de la loi du 15 février 1902 (sur la protection de la santé publique) : « Lorsqu'une épidémie menace tout ou partie du territoire de la république ou s'y développe et que les moyens de défense locaux sont reconnus insuffisants, un décret du président de la république déterminera, après avis du comité consultatif d'hygiène, les mesures propres à empêcher la propagation de cette épidémie ». L'art. 21 de la loi du 15 juillet 1845 donne compétence au gouvernement pour faire des règlements sur la police, la sûreté, l'exploitation des chemins de fer » (cf. ordon. du 15 novembre 1846 remplacée par le décret du 1er mars 1901). L'art. 11 de la loi du 30 janvier 1893 porte : « Des décrets rendus en la forme des règlements d'administration publique... peuvent établir dans les ports maritimes des péages locaux temporaires pour assurer les services des emprunts contractés par un département, une commune, une chambre de commerce... ». L'art. 9 de la loi du 8 avril 1898 porte : « Des décrets rendus en la forme des règlements d'administration publique fixent, s'il y a lieu, le régime général des cours d'eau (non navigables ni flottables)... ». Enfin l'art. 38 de la loi des finances du 13 avril 1906 est ainsi conçu : « Jusqu'à la promulgation d'une loi organique sur les conditions de nomination et d'avancement dans la magistrature, un règlement d'administration publique, rendu en exécution de la

présente loi dans les trois mois qui suivront la promulgation, fixera les garanties spéciales de capacité professionnelle pour les candidats aux fonctions judiciaires et instituera pour les magistrats un tableau d'avancement ». V. les décrets des 18 août et 10 nov. 1906.

Il importe de bien comprendre la différence essentielle, souvent inaperçue, qui sépare l'exercice du pouvoir réglementaire, dans cette hypothèse et dans celle qui sera examinée sous le n° 3. Dans celle-ci (n° 3), sur l'invitation du parlement, le gouvernement fait un règlement pour compléter la loi elle-même qui contient cette invitation, un règlement sur des matières réglées par cette loi même et dont le décret vient compléter les dispositions. Le décret est en quelque sorte le prolongement de la loi. Au contraire, dans notre hypothèse actuelle, le gouvernement reçoit d'une loi formelle compétence pour réglementer des matières qui sont en dehors de cette loi; le règlement qui sera fait en vertu de cette compétence n'est point un prolongement de la loi; on ne peut dire de lui qu'il est fait pour compléter la loi, pour en régler les détails d'application, pour en assurer l'exécution et par conséquent on ne peut prétendre en aucune manière qu'il soit un acte d'exécution. Ces règlements sont incontestablement des actes législatifs matériels et portent sur des matières qui, certainement, sans la disposition légale expresse donnant compétence au gouvernement, n'auraient pu être réglées que par le parlement.

L'exemple de l'art. 38 précité de la loi des finances du 17 avril 1906 est particulièrement probant. On ne dira pas sans doute, malgré l'expression « en exécution de la présente loi », que ce règlement du 18 août 1906 est le complément de la loi des finances, vient en régler les détails d'application et en assurer l'exécution. Le caractère d'un pareil règlement est parfaitement déterminé par le début de l'article : « Jusqu'à la promulgation d'une loi organique sur les conditions de nomination et d'avancement dans la magistrature... ». Donc le règlement tiendra lieu de loi organique sur les conditions de la nomination et d'avancement dans la magistrature, jusqu'à ce que cette loi soit faite.

M. Hauriou, qui a bien mis en relief cette différence capitale entre le cas où le législateur charge le gouvernement de compléter une loi et celui où il donne compétence au gouvernement pour faire un

règlement sur une matière distincte de la loi dans laquelle il donne cette compétence, dit que dans le premier cas il y a *règlement d'administration publique* et dans le second cas *règlement en forme des règlements d'administration publique*. Cette dernière expression n'a été employée ni par la loi ni par l'administration: mais le législateur a dit tantôt *décret en la forme des règlements d'administration publique* et tantôt *règlement d'administration publique*, sans avoir une terminologie bien fixe. Si ce que dit M. Hauriou était exact, dans l'art. 38 de la loi du 17 avril 1906 le législateur aurait dit : *Règlement en la forme des règlements d'administration publique* ou du moins *décret en la forme des...*: or, il y est parlé de *règlement d'administration publique*.

Au reste, le règlement d'administration publique n'est pas forcément le règlement fait sur invitation du législateur et délibéré en assemblée générale du conseil d'Etat. Le plus souvent, quand le législateur charge le gouvernement de faire un règlement pour compléter une loi ou lui donne expressément compétence pour faire un règlement, il parle de *règlement d'administration publique*. Mais il y a *règlement d'administration publique* toutes les fois qu'un règlement est fait après avis du conseil d'Etat délibérant en assemblée générale, qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas invitation expresse du législateur ou compétence spéciale donnée par lui. Cela est si vrai que dans les visas de l'arrêt du conseil d'Etat du 19 février 1904, reproduisant les observations du ministre du commerce, sont qualifiés de *règlements d'administration publique* les décrets du 10 août 1899. Or ces décrets du 10 août 1899 ont été portés *spontanément* par le gouvernement. Il est vrai que le premier vise l'art. 12 de la loi du 31 janvier 1833, portant : « Une ordonnance royale réglera les *formalités* à suivre dans tous les marchés passés au nom de l'Etat ». Mais ce texte n'avait rien à faire puisque le décret du 10 août 1899 ne réglemente point les formalités, mais bien le fond même des marchés de l'Etat, en rendant obligatoire l'introduction, dans les cahiers des charges, de clauses relatives au salaire normal et au maximum d'heures de travail. Quant aux deux autres décrets du 10 août 1899, relatifs aux marchés passés par les départements et les communes, l'un vise la loi du 10 août 1871, qui évidemment ne contient aucune invitation adressée au gouvernement de faire un décret de ce genre, et l'autre ne vise aucune loi.

Quant au *décret en la forme des règlements d'administration publique*, cette expression indique suffisamment que c'est un décret qui a la forme du règlement d'administration publique, mais qui n'en a pas le fond : la forme c'est l'avis du conseil d'Etat délibérant en assemblée générale; le fond c'est le caractère de généralité. La seule définition exacte du *décret en la forme...* est donc celle déjà donnée : une décision individuelle du président de la république rendue sur avis du conseil d'Etat délibérant en assemblée générale. V. *supra* § 138 et cf. L. 10 août 1871, art. 33 et 47.

Comment expliquer que le chef de l'Etat puisse faire un règlement sur une matière ainsi déterminée par une loi formelle, et sur laquelle incontestablement, sans cette disposition, le parlement aurait été seul compétent pour statuer, comme par exemple dans les cas cités précédemment, établir des droits de péage, faire une loi organique provisoire sur la magistrature (L. 17 avril 1906, art. 38). L'explication donnée couramment est celle déjà indiquée pour les règlements coloniaux, la délégation législative.

M. Moreau a essayé de rajeunir cette théorie de la délégation législative et soutient que toutes les objections faites contre elle sont des objections de mots, des subtilités sans valeur. Il affirme que « dans le domaine ainsi déterminé, le président de la république, selon la doctrine traditionnelle et selon la jurisprudence, agit comme délégué du parlement et *en exerce les pouvoirs étendus* » (*Le règlement administratif*, 1902, p. 180 et suiv.). M. Esmein (*Droit const.*, 4ᵉ édit., 1906, p. 580, *Revue politique et parlem.*, août 1894, p. 209) et M. Berthélemy (*Droit admin.*, 4ᵉ édit., 1906, p. 102, et *Revue politique et parlem.*, janvier 1898, p. 5 et suiv.), avec beaucoup de raison, repoussent énergiquement cette idée de délégation. M. Esmein écrit très exactement : « Le pouvoir législatif n'est point pour elles (les chambres) un droit propre ; c'est une fonction que la constitution leur confie, non pour en disposer à leur gré, mais pour l'exercer elle-même d'après les règles constitutionnelles » (*Droit const.*, p. 580).

Nous repoussons énergiquement cette idée de délégation pour les raisons déjà dites à propos des règlements coloniaux. Le parlement n'est pas titulaire d'un prétendu pouvoir législatif ; il a une certaine compétence ; cette compétence, il ne peut point la transmettre ; la compétence n'est pas un droit qui se transmet ; c'est un pouvoir que le législateur peut modifier ; et tout ce qu'on peut dire c'est que le parlement donne compétence au gouvernement pour faire des règlements dans des cas où sans cela il n'aurait pas eu cette compétence.

Qu'on ne dise pas, comme le fait M. Moreau (*ibid.*, p. 195) qu'il y a là une simple différence de mots, qu'au fond c'est la même chose de dire qu'il y a délégation législative ou détermination de compétence par la loi. D'abord s'il y a une différence de mots, c'est très probablement qu'il y a une différence de fond. Cette différence existe en effet. S'il y a délégation, le gouvernement est mis

aux lieu et place du parlement; il exerce le prétendu pouvoir législatif dont le parlement serait titulaire et dans les conditions mêmes où celui-ci l'exerce lui-même; par conséquent aucun recours ne peut être recevable contre le règlement fait sur délégation. Et M. Moreau se met certainement en contradiction avec lui-même quand il soutient (*loc. cit.*, p. 291) que malgré la délégation, le recours pour excès de pouvoir sera recevable contre un pareil règlement, et qu'on pourra opposer à son occasion l'exception d'illégalité. Si au contraire on dit que le parlement ne délègue point un droit qu'il n'a pas et que par conséquent il ne peut déléguer, mais détermine une compétence, étend la compétence ordinaire du président de la république, celui-ci, en faisant le règlement, reste le président de la république; et par conséquent le règlement fait en vertu de cette compétence est susceptible des recours recevables contre les actes du président de la république, et l'exception d'illégalité est opposable.

On aperçoit une très grave objection. « Le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées : la chambre des députés et le sénat », tel est le texte de l'art. 1, § 1 de la loi const. du 25 février 1875; par conséquent, peut-on dire, le parlement qui donne au gouvernement compétence pour légiférer dans des matières où le parlement doit intervenir lui-même d'après la constitution, viole la constitution. C'est l'objection que fait M. Esmein (*loc. cit.*, p. 580) contre la théorie de la délégation; et l'objection paraît pouvoir être faite avec la même force contre la théorie de la détermination de compétence. Il faudrait en conclure que toutes les lois formelles qui donnent compétence au gouvernement pour régler une matière qui autrement aurait été réglée par le parlement sont inconstitutionnelles. La conséquence, quelque logique qu'elle soit, est difficile à admettre. On a essayé de l'écarter en disant que si la constitution décide que le pouvoir législatif est exercé par les deux chambres, elle ne contient point une énumération des matières législatives et des matières réglementaires et que le parlement peut toujours, sans violer la constitution, décider que telle matière sera réglementaire et que le gouvernement pourra la régler par décret. Si cette explication peut être donnée la plupart du temps, il est des cas où elle est difficilement acceptable, comme par exemple au cas où une loi (notamment la loi du 30 janvier 1893, art. 11) donne compétence au gouvernement pour établir des taxes par un décret, puisqu'il est certainement de principe constitutionnel que tout impôt doit être établi par une loi formelle. En vérité, l'objection est sans réponse, car, dans l'hypothèse où nous sommes, il est impossible de dire, on l'a déjà montré, que le gouvernement intervient comme pouvoir exécutif pour régler les détails d'application d'une loi. Aussi sommes-nous tenté de croire qu'il se produit actuellement une évolution dans notre droit constitutionnel, tendant à l'établissement de cette règle que le législateur peut toujours, dans une matière

quelconque, donner au gouvernement compétence pour faire un règlement.

Mais ce règlement n'aura point le caractère d'une loi formelle. Quand le législateur, dans l'art. 1, § 1 de la loi const. du 25 février 1875, dit : « Le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées », il a voulu surtout dire : ce que décident par un vote identique les deux assemblées et ce que promulgue le chef de l'Etat a valeur de loi formelle et est insusceptible de tout recours. Si une loi formelle donne compétence au gouvernement de faire un règlement dans une certaine matière, ce règlement ne devient point par là une loi formelle ; il reste un règlement du chef de l'Etat ; il ne pourra point modifier ou abroger une loi formelle, mais seulement s'ajouter aux dispositions des lois formelles. Le règlement du 18 août 1906, par exemple, fait en vertu de l'art. 38 de la loi du 17 avril 1906, a bien pu ajouter des règles nouvelles aux règles existant sur l'organisation de la magistrature ; mais il n'aurait pas pu modifier ou abroger des règles existant actuellement, établies par une loi formelle. En un mot, le gouvernement reçoit compétence réglementaire ; mais son acte reste un acte du gouvernement ; celui-ci n'est pas mis aux lieu et place du parlement et son acte ne doit pas être traité comme acte du parlement.

La question de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir devra donc se résoudre suivant ce que l'on décide sur la recevabilité en général des recours formés contre les actes du président de la république ; la décision du législateur qui est intervenue ne peut changer la solution, parce qu'elle ne peut changer le caractère constitutionnel du président de la république. Nous avons déjà dit que, le président de la république tendant à devenir une simple autorité administrative, il y a une tendance marquée à admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre tous ses actes, et par conséquent même contre un règlement fait en vertu d'une compétence à lui donnée expressément par la loi, s'il excède les limites de cette compétence comprise comme on vient de le dire. De même on pourra, dans les mêmes cas, opposer l'exception d'illégalité.

141. Le pouvoir réglementaire du président de la république (*suite*). — Il s'exerce encore dans trois hypothèses qui s'ajoutent aux deux précédemment étudiées.

3° *Le président de la république fait un règlement sur l'invitation qui lui est adressée par une loi formelle à l'effet de compléter cette loi et d'en régler les détails d'application.* — Bien que cela ne soit pas tout à fait exact (cf. § 140, n° 2), on appelle en pratique *règlement d'administration publique* le règlement que

fait ainsi le gouvernement pour compléter une loi en vertu de l'invitation qui lui est adressée expressément par cette loi elle-même.

La plupart des grandes lois faites ces dernières années contiennent une disposition de ce genre. On citera seulement, à titre d'exemples, la loi du 30 novembre 1894 relative aux habitations à bon marché (art. 15) ; le règlement d'administration publique du 21 septembre 1895 fait en vertu de ce texte est très important et contient même des dispositions de droit civil, par exemple les art. 38 et suiv. ; la loi du 1er juillet 1901 sur les associations (art. 20) et les deux grands règlements, faits en vertu de cet article, du 16 août 1901 : la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des églises et de l'État, art. 43 § 1 ; trois règlements ont été faits en vertu de ce texte : 29 décembre 1905, 19 janvier 1906 et 16 mars 1906. On s'est demandé si le législateur parlant d'un seul règlement d'administration publique, il était régulier que le gouvernement en fît trois. Nous ne voyons pas pourquoi cela ne serait pas régulier. Cf. déclaration de M. Rouvier, président du conseil, à un groupe de députés, *Le Temps,* 7 février 1906.

Quel est le caractère de la disposition par laquelle le parlement charge ainsi le gouvernement de faire un règlement pour régler les détails d'application de la loi? Ici comme dans l'hypothèse précédente et pour les mêmes raisons, il faut repousser énergiquement l'idée d'un délégation législative.

Cf. en ce sens Esmein, *loc. cit.*, et Berthélemy, *Droit admin.*, 4e édit., 1906, p. 102 ; *Revue polit. et parl.*, 1898, I, p. 223. — *Contra* Moreau, *Le règlement administratif*, 1902, p. 185 et suiv.

Faut-il alors appliquer comme précédemment l'idée de détermination de compétence, et dire que dans les exemples rapportés et ceux analogues, le législateur donne expressément compétence au gouvernement pour régler les détails d'application de la loi ? Non, car ici il est inutile d'avoir recours à cette idée. En effet, on verra, au n° 4, que certainement le président de la république a, en vertu même de la constitution, et sans qu'une invitation du parlement soit nécessaire, compétence pour faire des règlements à l'effet de compléter les lois et d'en régler les détails d'application. D'ailleurs en reconnaissant au chef de l'État cette compétence constitutionnelle de faire un règlement complé-

tant une loi, nous persistons à attribuer à ce règlement, au point de vue matériel, le caractère d'un acte législatif (cf. §§ 35 et 40).

Mais si en dehors de toute invitation du parlement le gouvernement a compétence pour faire un décret complémentaire de la loi, on doit se demander quel est l'effet de cette invitation expresse. La question est extrêmement délicate. Nous sommes porté à dire avec MM. Esmein et Berthélemy (*loc. cit.*) que cette invitation n'a point pour effet d'augmenter les pouvoirs du président, qui restent exactement ce qu'ils sont d'après la constitution elle-même, qu'elle a seulement pour effet d'obliger le gouvernement à faire le règlement complémentaire dans certaines conditions de délai (comme les règlements sur la séparation des églises et de l'Etat qui devaient être faits dans les trois mois de la promulgation de la loi), dans certaines conditions de forme (avis du conseil d'Etat délibérant en assemblée générale). La seule sanction de ces diverses obligations paraît être la responsabilité politique du ministère. Nul par exemple ne pourrait certainement invoquer devant un tribunal la prétendue nullité d'un règlement qui n'aurait pas été fait dans le délai fixé par la loi (comme le règlement du 17 mars 1906 qui, devant être fait dans les trois mois de la promulgation de la loi du 9 décembre 1905, aurait dû être promulgué au plus tard le 9 mars 1906). Un particulier ne serait même pas recevable à invoquer la nullité d'un règlement complémentaire d'une loi fait sans avis du conseil d'Etat, quand la loi exige qu'il y ait un règlement d'administration publique; cette disposition de la loi ordinaire ne peut en effet enlever au gouvernement son droit constitutionnel de faire un règlement ordinaire complémentaire de la loi.

L'invitation expresse adressée au gouvernement de faire un règlement d'administration publique complémentaire d'une loi n'augmente en rien les pouvoirs du gouvernement; par suite il ne peut inscrire dans ce règlement d'administration publique que les dispositions qui auraient pu figurer dans un règlement complémentaire fait spontanément. C'est ainsi que ce règlement peut développer les principes formulés par la loi, en régler les détails d'application, mais ne peut pas édicter un principe nouveau, ne peut pas par exemple imposer une condition de forme ou de fond dont le principe ne se trouverait pas dans la loi. C'est ainsi encore qu'un règlement d'administration publique fait sur invitation du législateur ne peut point contenir une pénalité, la règle de l'art. 4 du code pénal et de l'art. 8 de la Déclaration restant intacte. Enfin un règlement d'administration publique ne pourra contenir aucune disposition qui modifie ou abroge une disposition légale quelconque. Un acte qui n'est pas une loi formelle ne peut pas modifier ni abroger une disposition d'une loi formelle.

Puisque le règlement fait sur invitation du législateur reste un

acte du président de la république, il est susceptible des voies de recours dont est susceptible tout acte du président de la république : et l'on peut aussi opposer à son égard l'exception d'illégalité. On a dit plus haut que le président de la république perdant, dans l'évolution de notre droit moderne, de plus en plus son caractère d'organe pour devenir une autorité administrative, le recours pour excès de pouvoir de l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872, et l'exception d'illégalité de l'art. 471, n° 15 sont recevables contre tous les actes qui émanent de lui. Ils seront donc recevables contre les règlements faits sur invitation du législateur.

La jurisprudence admet d'une manière constante et certainement définitive la recevabilité de l'exception d'illégalité à l'égard d'un règlement fait sur invitation du législateur. Cf. Laferrière, *Juridiction et contentieux*, II, p. 12, et cons. d'Etat, 13 mai 1872 ; tribunal des conflits, 11 janv. 1873. Mais d'après la jurisprudence du conseil d'Etat, le recours pour excès de pouvoir est non recevable. Cela est assurément conforme à la théorie de la délégation, mais contraire à la solution donnée sur la recevabilité de l'exception d'illégalité. Cf. Laferrière, *ibid.*, p. 422, et arrêts du conseil d'Etat, 20 décembre 1872, 1er avril et 8 juillet 1892, ces derniers arrêts déclarant non recevable un recours pour excès de pouvoir formé contre le règlement du 6 septembre 1890, relatif aux indemnités de résidence allouées aux instituteurs et payables par les communes, ledit règlement porté en vertu de l'invitation contenue dans l'art. 12 de la loi du 19 juillet 1889. M. Berthélemy a très justement mis en relief la contradiction absolue existant entre la recevabilité de l'exception et la non recevabilité du recours (*Revue politique et parlementaire*, 1898, p. 334).

M. Hauriou, au contraire, trouve les deux solutions parfaitement rationnelles ; et il paraît bien accepter le système de la délégation. Il écrit : « La jurisprudence de la cour de cassation et du conseil d'Etat interprète la situation en disant que le règlement d'administration publique est fait par délégation du pouvoir législatif. Les auteurs de droit constitutionnel voient à cela des objections théoriques qui ont leur valeur... Cependant la formule de la jurisprudence caractérise la valeur pratique du règlement d'administration publique : 1° Un recours en annulation ne peut être dirigé contre un règlement de ce genre, parce qu'il participe de la forme de la loi : 2° Un pareil règlement peut être taxé d'illégalité s'il contient des dispositions de nature législative excédant véritablement les limites de la délégation » (*Droit administ.*, 5e édit., 1902, p. 32). M. Moreau, au contraire, tout en défendant énergiquement la théorie de la délégation législative, admet la recevabilité de l'exception d'illégalité et du recours pour excès de pouvoir (*Le règlement administratif*, p. 280 et suiv.). Nous ne sommes pas parvenu à comprendre comment M. Moreau peut concilier ces solutions. M. Cahen, tout en partant d'un point de vue tout à fait différent,

aboutit aux mêmes conséquences que M. Esmein et M. Berthélemy sur la recevabilité du recours et de l'exception d'illégalité (*La loi et le règlement*, 1904, p. 305). Dans la théorie de M. Cahen, le gouvernement peut légiférer sur toute matière, à l'exception de celle que le parlement a faite sienne en votant une loi sur elle; et ce qu'on appelle ***délégation*** est tout simplement la décision du parlement d'après laquelle le gouvernement pourra faire un règlement sur une matière dejà objet d'une loi formelle. La doctrine de M. Cahen peut être exacte; mais il ne démontre point la proposition sur laquelle elle repose, à savoir que le gouvernement peut faire un règlement sur toute matière à l'exception de celle que s'est réservée le législateur. D'autre part sa doctrine sur le règlement d'administration publique nous paraît ressembler singulièrement à la théorie de la délégation. Aussi ne comprenons-nous pas comment il peut admettre le recours pour excès de pouvoir contre le règlement d'administration publique. Il dit bien que la loi du 24 mai 1872 a fait du conseil d'Etat une sorte de ***jurie constitutionnaire*** pour apprécier tous les actes du président de la république (p. 404); mais il ne le démontre point.

Dans notre volume intitulé L'*Etat, le gouvernement et les agents*, 1903, p. 330 et suiv., nous avons exposé une doctrine différente de celle indiquée au début de ce §. Elle reposait essentiellement sur l'idée que le président de la république est, d'après la constitution de 1875, un organe de représentation collaborant avec le parlement à toutes les fonctions de l'Etat, et que par conséquent, quand il y a ce qu'on appelle improprement une délégation, le règlement fait ainsi est le produit de la collaboration véritable du parlement et du gouvernement, est, peut-on dire, une loi formelle, faisant partie de la loi même qu'il vient compléter, ayant la même force qu'elle, pouvant contenir les mêmes dispositions qu'elle et échapper à toute voie de recours et à toute exception d'illégalité. Cette théorie était toute entière fondée sur le caractère d'organe représentatif attribué au président. Nous croyons toujours que cette théorie est la seule qui cadre avec les principes de notre constitution écrite. Mais nous devons reconnaître que depuis trois années les choses ont marché; que dans l'évolution naturelle et spontanée de notre droit constitutionnel, le chef de l'Etat cesse de plus en plus d'être organe de représentation et qu'est en train de s'établir la théorie dont les éléments essentiels ont été exposés au commencement de ce §.

Il est incontestable que le gouvernement fait le règlement d'administration publique sous le contrôle des chambres, et que la recevabilité du recours pour excès de pouvoir laisse intact le droit de chaque chambre d'approuver le règlement ou d'inviter le gouvernement à le rapporter ou à le modifier. Dans la séance du 28 octobre 1901, M. Lasies indiquait que le gouvernement, dans les règlements du 16 août 1901, complétant la loi du 1er juillet 1901 sur les

associations, avait outrepassé ses pouvoirs et déposait une proposition de loi tendant à ce que les règlements d'administration publique, avant d'être mis en vigueur, fussent soumis à l'approbation du parlement et demandait l'urgence. M. Waldeck-Rousseau, président du conseil, s'opposa à l'urgence, disant que « la proposition touchait à d'importants principes de notre droit public, que le règlement d'administration publique était fait en vertu d'une disposition législative, et qu'en tous cas le député pouvait toujours interpeller le ministère sur les dispositions qu'il contenait ». La chambre approuva en repoussant l'urgence.

4° *Le président de la république fait un règlement spontanément pour compléter une loi et pour en régler les détails d'application.* — On suppose qu'une loi formelle ne contient aucun texte invitant le gouvernement à faire un règlement pour la compléter et déterminer les détails d'application. Le gouvernement intervient alors spontanément, et, avec ou sans l'avis du conseil d'Etat, peu importe, fait un règlement pour compléter cette loi et pour régler les détails d'application. Peut-il faire un règlement dans ces conditions ? La réponse affirmative ne nous paraît pas douteuse. Elle est admise par la presque unanimité des auteurs; et les règlements qui ont été portés sous tous les gouvernements pour compléter une loi en dehors de toute invitation du législateur sont extrêmement nombreux. Aujourd'hui on fonde le droit du président de la république à cet égard sur l'art. 3, § 1 de la loi const. du 25 février 1875 où il est dit que « le président de la république *surveille et assure l'exécution des lois* ». Sans doute pris au pied de la lettre ce texte ne donnerait pas le pouvoir réglementaire : car faire un règlement pour compléter une loi, pour régler les détails d'application de la loi, ce n'est point assurer l'exécution de la loi, ni surveiller l'exécution de la loi. Assurer l'exécution de la loi, c'est faire les actes administratifs ou juridictionnels qu'impliquent les dispositions de la loi, et surveiller l'exécution des lois, c'est surveiller les fonctionnaires administratifs et judiciaires qui doivent faire ces différents actes. Lorsque le chef de l'Etat fait un règlement complémentaire de la loi,

le mot indique précisément qu'il complète la loi ; or compléter une loi ce n'est pas l'exécuter ; c'est peut-être en faciliter l'exécution ; mais ce n'est pas l'exécuter à proprement parler. Nous admettons cependant qu'on peut fonder le pouvoir du président de la république à cet égard sur le texte précité, parce que le sens en est donné par une longue tradition à laquelle le législateur constituant de 1875 a certainement voulu se conformer.

La const. de 1791 ne contenait sur le point qui nous occupe qu'une disposition assez obscure. Il semble bien cependant que ses auteurs, dominés par le faux principe de la séparation des pouvoirs, aient voulu refuser au roi tout pouvoir réglementaire, même à l'effet de compléter une loi. « Le pouvoir exécutif, y est-il dit, ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois pour en rappeler et en ordonner l'exécution » (Const. 1791, tit. III, chap. IV, sect. I, art. 6). Ce mot *proclamation* était emprunté à l'Angleterre, où on l'entendait en un sens très restreint et non point au sens que nous donnons aujourd'hui au mot règlement. En fait l'Assemblée nationale prit soin très fréquemment de régler elle-même par des *instructions* les détails d'application des lois qu'elle votait. Pendant la Convention tous les pouvoirs sont concentrés entre ses mains et la question ne se pose pas. La const. de l'an III (art. 144, § 2) contient une disposition analogue à celle de 1791. « Le directoire peut faire des proclamations conformes aux lois et pour leur exécution ». Ce texte ouvrait la porte aux décisions par voie générale prises par le gouvernement à l'effet de compléter les lois. Sous le nom d'*arrêtés*, le directoire fit un grand nombre de règlements dont beaucoup règlent les détails d'exécution d'une loi, sans que celle-ci contienne aucune invitation à cet égard. Cf. par exemple arrêtés 2 germinal an IV, 3 et 8 brumaire an VI, 5 frimaire an VII.

Dans la const. de l'an VIII se trouve le texte qui pour la première fois établit le pouvoir de faire des règlements pour assurer l'exécution d'une loi. « Le gouvernement propose les lois et fait les règlements nécessaires pour assurer leur exécution ». Sous le Consulat et l'Empire de nombreux règlements sont faits pour compléter les lois en dehors de toute invitation du législateur, et sous l'Empire le mot décret est exclusivement et définitivement employé pour désigner les actes du gouvernement. Chacun connait le célèbre art. 14 de la Charte de 1884 : « Le roi fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'Etat ». Mêmes dispositions dans l'art. 13 de la Charte de 1830, moins les derniers mots « et la sûreté de l'Etat ». De 1814 à 1848, de nombreuses ordonnances sont rendues pour compléter les lois sans

aucune délégation spéciale du législateur. La const. de 1848 ne maintient pas l'expression « règlement pour assurer l'exécution des lois », mais dit seulement : « Il (le président de la république) surveille et assure l'exécution des lois ». C'est la formule qui sera reprise par le législateur de 1875. Mais conformément à la tradition déjà établie, le président de 1848 fait spontanément de nombreux règlements complémentaires. La const. de 1852 (art. 16) revient à la formule de l'an VIII : « Le président de la république fait les règlements et les décrets nécessaires pour l'exécution des lois ». V. aussi sénatusconsulte const. 1870, art. 14. La loi du 31 août 1871 (art. 2 § 2) reproduit la formule de 1848, qui passe dans la loi du 25 février 1875.

Il ne peut donc être douteux que le président de la république ait, en vertu de ces textes et de cette longue tradition, le pouvoir de faire, en dehors de toute invitation du législateur, un règlement complémentaire d'une loi. Ce pouvoir ne se rattache point à son prétendu pouvoir exécutif (cf. *supra*, art. 40 et 47). D'autre part, il est certain qu'il y a une nécessité pratique à ce que le président ait ce pouvoir réglementaire : beaucoup de détails ne peuvent pas trouver place dans la loi, le parlement n'aurait pas le temps matériel de les discuter et de les voter, et le gouvernement est même plus compétent que lui pour les édicter.

Quelle est exactement l'étendue du pouvoir du président de la république faisant spontanément un règlement complémentaire de la loi? Il nous paraît aisé de la déterminer d'après les principes généraux. D'abord il ne peut évidemment établir ni une peine, ni une taxe. Il ne peut édicter aucune disposition qui viole une loi quelconque, non seulement la loi qu'il complète mais une autre loi : une disposition d'une loi formelle ne peut être modifiée que par une loi formelle; le règlement est bien un acte législatif matériel; mais il est un acte en forme de décret. Enfin le règlement complète la loi en réglant les détails d'application des principes qu'elle contient, mais ne peut édicter aucune exigence nouvelle. Le règlement a pour but et pour raison d'être d'assurer l'application de la loi qu'il complète. Il est donc, en quelque sorte, contenu par la loi à laquelle il se rattache. Il développe les principes formulés dans la loi ; mais il ne peut, en aucune façon, étendre ou restreindre la portée de la loi, ni quant aux personnes ni quant aux choses. Si par exemple la loi indique certaines formalités nécessaires pour la validité d'un acte, le règlement déterminera la manière dont ces formalités seront remplies, mais ne peut pas

exiger des formalités nouvelles. Si la loi exige certaines conditions de capacité, le règlement pourra préciser ces conditions, mais ne pourra pas les rendre plus ou moins sévères. « La loi trace le cadre ; le règlement achève de le remplir, sans l'élargir ni le rétrécir, ni en changer le dessein » (Moreau, *loc. cit.*, p. 202).

Il va sans dire que le gouvernement exerce ce pouvoir réglementaire sous le contrôle des chambres et la sanction de la responsabilité ministérielle. Contre de pareils règlements le recours pour excès de pouvoir et l'exécution d'illégalité sont-ils recevables ? Incontestablement. S'ils sont recevables à l'égard des règlements faits sur l'invitation du législateur (cf. *supra*, nº 3), *a fortiori* sont-ils recevables à l'égard des règlements faits spontanément par le chef de l'Etat pour compléter une loi. C'est la solution à peu près unanimement admise en doctrine et en jurisprudence.

5º *Le président de la république fait spontanément un règlement qui ne se rattache à aucune loi déterminée.* — On voit aisément des différences qui séparent cette hypothèse de celles qui précèdent. Le chef de l'Etat fait un règlement, c'est-à-dire une loi au sens matériel sans qu'une loi formelle l'ait invité à le faire ou lui ait donné compétence expresse à ce sujet. Il fait un règlement qui ne se rattache à aucune loi déterminée, qui n'a point pour but de régler les détails d'application d'une loi. On ne peut donc ici fonder son pouvoir réglementaire sur la disposition de l'art. 3, § 2 de la loi const. de 1875 : « Il surveille et assure l'exécution des lois ». Et cependant, il est certain que le président de la république fait et qu'avant lui tous les chefs d'Etat ont toujours fait certains règlements ne se rattachant à aucune loi. La doctrine et la jurisprudence admettent l'idée d'une distinction entre les matières dites législatives et les matières dites réglementaires, les premières ne pouvant être réglementées que par une loi formelle et les secondes pouvant être réglementées par décret. Mais cette distinction étant admise (et il est difficile de ne pas l'admettre) la difficulté devient très grande lorsqu'il faut déterminer quelles matières sont législatives, quelles réglementaires.

Les théories générales sur ce point abondent. Mais aucune ne nous paraît donner une solution satisfai-

sante. Le mieux est de rechercher en fait quelles sont les matières sur lesquelles nous trouvons en France des règlements du gouvernement ne se rapportant à aucune loi, règlements que l'on peut appeler *règlements autonomes*. Or, il semble bien que les seules matières qui soient, en fait, objet de règlements autonomes sont le *fonctionnement des services publics* et la *police*.

Fonctionnement des services publics. — Les règlements qui y sont relatifs sont innombrables. Il est impossible évidemment de les énumérer. Chaque ministre, et particulièrement le ministre de la guerre et le ministre de la marine, contresignent de nombreux règlements relatifs au fonctionnement des services publics relevant de son ministère. Quelques-uns de ces décrets sont précédés de visas énonçant des lois; mais bien souvent le lien qui rattache le décret aux lois visées est si ténu qu'il est impossible de l'apercevoir; comme le dit M. Moreau, « en réalité il n'existe pas, et le décret est tout à fait spontané et indépendant ». Beaucoup de décrets réglementaires organisant des services publics ne visent que d'autres décrets, et de ceux-là, par conséquent, on ne peut pas dire qu'ils se rapportent à une loi.

Comme exemple de décrets réglementaires faits dans ces vingt dernières années sur l'organisation des services publics, on peut citer les décrets du 28 décembre 1885 sur l'organisation des facultés, du 22 juillet 1897 sur le fonctionnement des universités; les décrets dits décrets Millerand, du 10 août 1899, sur les conditions du travail dans les marchés passés au nom de l'Etat, des départements et des communes. Les dispositions que contiennent ces derniers avaient fait l'objet d'un projet de loi; comme le parlement tardait à le voter, le gouvernement porta spontanément ces décrets, dont le premier vise une loi du 31 janvier 1833, qui touche à un point tout à fait différent de celui qui fait l'objet de ces décrets (cf *supra*, § 140, nº 2). Citons aussi les décrets du 17 septembre 1900 et du 2 janvier 1901 portant création et organisation des conseils du travail. On peut indiquer enfin les nombreux règlements sur l'organisation intérieure des ministères. Il est vrai que l'art. 16 de la loi des finances du 29 décembre 1882 décide « qu'avant le 1er janvier 1884 l'organisation centrale de chaque ministère sera réglée par un décret rendu en la

forme des règlements d'administration publique inséré au *Journal officiel*, et qu'aucune modification ne pourra y être apportée que dans la même forme et avec la même publicité ». Mais tout le monde s'accorde à reconnaître qu'avant cette loi le gouvernement avait certainement compétence pour organiser les ministères par des décrets, que cette loi a eu seulement pour effet de rendre nécessaire l'avis de l'assemblée générale du conseil d'Etat et la publication au *Journal officiel*. Depuis la loi des finances du 13 avril 1900 (art. 35), l'avis du conseil d'Etat n'est nécessaire que pour les décrets déterminant le traitement du personnel, le nombre des employés et les règles relatives au recrutement, à l'avancement et à la discipline; toutes les autres dispositions relatives à l'organisation des ministères font l'objet d'un décret simple. Il faut noter toutefois que d'après le § 3 du même art. 35, le nombre des employés de chaque catégorie ne peut être augmenté que par une loi.

Mais nous croyons que la création ou la suppression d'un ministère peut être faite encore par un simple décret, sauf, bien entendu, le vote par le parlement des crédits nécessaires. Au mois de novembre 1881, au moment de la constitution du ministère Gambetta, deux nouveaux ministères furent créés par décret; des critiques furent faites par la commission du budget, mais la chambre vota les crédits. La question s'est posée de nouveau en 1892, 1893, 1894, au moment de la création du ministère des colonies et la chambre vota en première lecture le 15 mars 1893 cette décision : « A l'avenir, aucun ministère ne pourra être créé ou supprimé que par une loi ». Cette disposition n'est jamais devenue loi. En fait, toutefois, le ministère des colonies a été créé par une loi (L. 20 mars 1894) et ce ministère ne pourrait être supprimé que par une loi. Mais c'est par un simple décret qu'a été créé le *ministère du travail et de la prévoyance sociale* (D. 25 oct. 1906, précédé d'un rapport du président du conseil, M. Clémenceau, *J. off.* 26 oct. 1906). L'agence Havas a communiqué aux journaux une note émanée du gouvernement et destinée à établir la légalité du décret (*Le Temps*, 27 octobre 1906). Elle nous paraît en effet incontestable, et, comme il est dit dans la note Havas, les droits du parlement sont entièrement réservés, puisqu'il peut toujours refuser les crédits nécessaires au fonctionnement du nouveau ministère (cf. chambre, 8 nov. 1906).

Il a toujours été admis que les sous-secrétariats d'Etat pouvaient être créés par de simples décrets. Le 16 mars 1906, le gouvernement a créé un sous-secrétariat à l'intérieur et le 25 octobre, un sous-secrétariat à la guerre, tout simplement par la nomination des titulaires. Il est admis aussi que les attributions des sous-secrétaires d'Etat peuvent être déterminées par des décrets simples. Cf. notamment le décret du 27 octobre 1906 déterminant les attributions du sous-secrétaire d'Etat à la guerre, décret qui ne vise aucune loi, mais seulement le décret de nomination du sous-secrétaire d'Etat, *J. off.* 29 octobre 1906; rap. *infra*, § 144.

La compétence du chef de l'Etat pour faire spontanément ces règlements autonomes sur l'organisation et le fonctionnement des services publics est incontestable. Nous ne voyons pas d'autre moyen de l'expliquer que de dire qu'il y a là l'application d'une règle de droit coutumier constitutionnel. Sans doute ces règlements sont des actes législatifs au point de vue matériel; mais le droit constitutionnel reconnait au gouvernement compétence pour les faire sous le contrôle des deux chambres.

Les explications qui sont données parfois ne nous paraissent pas admissibles (cf. §§ 40 et 47). On ne peut pas dire que ce sont des actes exécutifs, et fonder la compétence du gouvernement sur l'art. 3 § 2 de la loi du 25 février 1875, parce que, nous l'avons montré, il arrive bien souvent que ces règlements organisent des services publics qui ne sont même pas prévus par une loi. Nous voudrions qu'on nous dise quelles sont les lois dont les décrets précités du 17 septembre 1900 et du 2 janvier 1901 sur les conseils du travail ou du 27 octobre 1906 sur les attributions du sous-secrétaire d'Etat à la guerre sont l'exécution. Quant à la distinction que fait M. Hauriou (5ᵉ édit., p. 21 et 6ᵉ édit., 1907, p. 297) entre la matière du règlement et la matière de la loi, elle est arbitraire. On fait observer notamment que si, comme il le dit, sont matière de loi toutes les règles organiques des grands pouvoirs publics, il semble que les règles organiques du ministère devraient être matière de loi, et cependant elles sont matière de règlement et en fait et en droit.

Il est certain que ces règlements autonomes et spontanés ayant pour objet l'organisation et le fonctionnement des services publics sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir et de l'exception d'illégalité. La recevabilité du recours pour excès de pouvoir formé contre les décrets Millerand des 17 septembre 1900 et 2 janvier 1901 n'a même pas été discutée devant le conseil d'Etat, qui l'a admise de droit dans son arrêt du 19 février 1904, en rejetant le recours au fond (*Rec.* 1904, p. 133).

Règlements relatifs à la police. — Beaucoup de règlements spontanés et autonomes ont pour objet des matières que l'on fait rentrer dans la notion très compréhensive et un peu vague de la police. Est décision de police toute décision individuelle ou générale qui interdit ou ordonne un certain agissement afin d'assurer *par voie préventive* la tranquillité, la sécurité et la salubrité publiques. Dans un régime de légalité

comme le régime moderne, une mesure individuelle, même de police, ne peut être prise que conformément à une disposition établie par voie générale et dans la mesure fixée par cette règle générale. Cette disposition de police par voie générale ne peut en principe résulter que d'une loi formelle.

La loi formelle est en effet parfois intervenue; elle a déterminé et les cas où les autorités peuvent faire des actes de police individuels et ceux où les autorités et notamment le gouvernement peuvent faire des règlements généraux de police; par exemple en matière de police de la salubrité, la grande loi du 15 février 1902. Le plus souvent la loi formelle a donné aux autorités locales, préfets et maires, compétence pour faire des règlements généraux de police. Enfin il est des dispositions de police qui doivent être les mêmes pour le pays tout entier et qu'il ne peut pas appartenir aux autorités locales d'édicter. Elles devraient certainement, d'après les principes généraux du droit constitutionnel, être établies par une loi formelle; et le législateur peut toujours intervenir. Mais s'il n'intervient pas, que faire? Il peut y avoir une urgence extrême à les édicter. D'autre part, elles doivent contenir le plus souvent des règles très minutieuses et très détaillées que le parlement est mal préparé à étudier, à discuter et à voter. C'est sous l'action de ces faits que s'est formée cette règle coutumière de notre droit constitutionnel que le gouvernement peut faire spontanément des règlements autonomes de police. Mais il est certain aussi que le gouvernement ne peut pas établir des peines comme sanction des dispositions réglementaires de police qu'il édicte. La sanction pénale du règlement ne peut être établie que par une loi formelle, et s'il n'y a pas de loi spéciale établissant cette sanction pénale, on appliquera la sanction générale de l'art. 471, n° 15 du code pénal.

Comme règlements autonomes de police, on peut citer le décret du 2 octobre 1888 sur la résidence des étrangers en France (aux

visas de ce décret sont mentionnés le code civil art. 3 et 13, la loi sur la police des 19-21 juillet 1791 et la loi sur la naturalisation du 3 décembre 1849, toutes lois qui n'avaient rien à faire et qui ne donnaient certainement pas au gouvernement compétence pour réglementer la résidence des étrangers en France); le décret du 26 janvier 1896 sur la vente des sérums ; le décret du 13 novembre 1896 sur la surveillance des vagabonds, et enfin les grands décrets des 10 mars 1899 et 10 septembre 1901 sur la construction et la circulation des automobiles, du 8 octobre 1901 sur la police et l'usage des voies de navigation intérieure. Les décrets sur les automobiles ne contiennent aucun visa ; celui sur la navigation vise seulement un avis du conseil général des ponts et chaussées. On ne peut donc pas dire que ces décrets sont destinés à assurer l'exécution d'une loi. On a montré qu'ils étaient certainement des actes législatifs matériels (cf. §§ 35 et 40).

Nous ne croyons pas qu'on puisse trouver des règlements autonomes portant sur d'autres matières que l'organisation et le fonctionnement des services publics et sur la police; et nous estimons que si l'on fait la distinction des matières réglementaires et des matières législatives, les seules matières réglementaires sont : l'organisation des services publics et la police. Nous croyons bien qu'en principe une règle générale et abstraite, c'est-à-dire une loi matérielle, ne peut résulter que d'une loi formelle. Mais à cette règle ont été apportées, sous l'empire des besoins de la pratique, les deux exceptions que l'on vient d'étudier.

On a déjà indiqué la théorie de M. Cahen (*La loi et le règlement*, 1904), d'après laquelle le pouvoir réglementaire s'étend à toute matière que la constitution ou la loi n'a pas réservée au législateur (p. 299). Cette conception nous paraît cadrer mal avec les principes de notre droit moderne. La pensée de la Révolution a été certainement de transférer au parlement toute la compétence législative qui appartenait au roi; et l'on est bien plus dans le vrai en disant au contraire qu'en principe une règle par voie générale ne peut être édictée que par le parlement en forme de loi, mais qu'exceptionnellement le gouvernement peut faire des règlements sur les services publics et la police.

Bien entendu si, sur l'organisation des services publics ou sur la police, il y a des dispositions contenues dans des lois formelles, ces dispositions ne peuvent être modifiées que par des lois formelles et ne peuvent être touchées par des règlements.

Tout intéressé peut former un recours pour excès de pouvoir

contre un règlement de police ; toute personne à laquelle on veut en faire l'application peut opposer l'exception d'illégalité (C. pén., art. 471, nº 15).

Conclusions. — On voit par tout ce qui précède que le domaine du pouvoir réglementaire est très vaste et en même temps très complexe ; que ce pouvoir s'exerce dans des conditions très diverses et ne repose point sur un principe unique. Les nombreuses controverses qu'il soulève tiennent surtout à ce que ces distinctions n'ont pas été faites. Le domaine du pouvoir réglementaire va s'accroissant chaque jour. L'activité de l'Etat devenant de plus en plus grande, le parlement ne peut plus suffire à sa tâche et se décharge volontiers, dans les conditions précédemment expliquées, sur le gouvernement, d'une bonne part de sa fonction législative. Cela n'est point sans présenter quelques graves inconvénients. Les gouvernés sont, en effet, par là privés souvent des garanties que leur assure la discussion coutradictoire et publique de la loi ; et le gouvernement se trouve investi de pouvoirs qui ne dedevraient point lui appartenir dans un pays libre.

Décrets-lois. — On désigne ainsi les décrets rendus par un gouvernement régulier en dehors du domaine légal du pouvoir réglementaire, et aussi les décrets rendus par des gouvernements de fait sur des matières qui en régime normal eussent dû faire l'objet d'une loi.

De nombreux décrets ont été portés par Napoléon Ier sur des matières certainement d'ordre législatif, par exemple le décret du 14 novembre 1806 sur les tribunaux maritimes, le décret du 14 mars 1812 sur le port des armes, etc... — Sous la Restauration se présenta la question de savoir si ces décrets s'imposaient à l'application par les tribunaux. La cour de cassation, dans plusieurs arrêts, a répondu affirmativement, se fondant sur ce fait que la constitution de l'an VIII établissait une procédure spéciale pour déférer au sénat les actes inconstitutionnels, que ces actes, n'ayant point été déférés au sénat et partant n'ayant point été déclarés inconstitutionnels, avaient par là même force légale. Cf. notamment Cass., 27 mai 1819, S., VI, 1re part., p. 79 ; 3 octobre 1822, S., VII, 1re part., p. 141.

Les décrets-lois portés par le gouvernement provisoire de 1848 étaient par la force des choses de véritables lois, notamment le décret du 5 mars 1848 établissant le suffrage universel.

Les décrets réglant des matières législatives, rendus pendant la période dictatoriale du 2 décembre 1851 au 29 mars 1852, on

été ratifiés par l'art. 58, § 2 de la constitution de 1852. C'est ainsi que le décret organique du 2 février 1852 sur les élections est une loi véritable et ne peut être modifié que par une loi formelle. Il est bien entendu que cela n'est vrai que pour les décrets portant sur des matières législatives, et que les décrets portant sur des matières non législatives restent ce qu'ils auraient été sous un gouvernement régulier. Par exemple, le décret réglementaire sur les élections du 2 février 1852 pourrait être modifié par un simple règlement.

Le gouvernement de la Défense nationale de 1870-71 (du 4 septembre 1870 au 12 février 1871) a fait un certain nombre de décrets sur des matières législatives. Le 23 juin 1871, l'Assemblée nationale nomma une commission pour rechercher ceux des décrets législatifs du gouvernement de la Défense nationale qui devaient être maintenus. Le rapporteur, M. Taillefer, pour reconnaître les décrets législatifs, n'eut pas d'autre criterium que le point de savoir si un décret abrogeait ou modifiait une loi formelle (*Ann. Ass. nat.*, 1871, VIII, annexes, p. 312). Finalement, la force légale de certains décrets législatifs du gouvernement de la Défense nationale a été en fait unanimement reconnue, par exemple celle du décret du 19 septembre 1870 abrogeant l'art. 75 de la constitution de l'an VIII, toujours maintenu comme loi ordinaire depuis 1814.

142. Attributions diplomatiques du président de la république. — Le président de la république personnifiant le gouvernement et représentant le pays, c'est auprès de lui que sont accrédités les envoyés et les ambassadeurs des puissances étrangères (L. const. 25 février 1875, art. 3, § 5). De même, c'est le président de la république qui signe les lettres de créance qui accréditent les envoyés et les ambassadeurs français auprès des chefs d'Etat étrangers.

Les envoyés et ambassadeurs des puissances étrangères doivent d'abord communiquer leurs lettres de créance au ministre des affaires étrangères, qui s'assure qu'elles peuvent être présentées au chef de l'Etat. Il faut noter que les simples chargés d'affaires ne reçoivent leurs lettres de créances que du ministre des affaires étrangères de leur pays et les remettent à celui du pays où ils sont envoyés.

Cf. sur ces points les traités de droit international public et notamment Despagnet, *Droit international public*, 3e édit., 1905, p. 245.

Le président de la république étant le représentant du pays a naturellement compétence pour négocier et ratifier les traités. Mais le gouvernement agissant toujours sous le contrôle du parlement, celui-ci doit

évidemment être associé à l'exercice de la fonction diplomatique. Les pouvoirs respectifs du président de la république et du parlement ont été déterminés par l'art. 8 de la loi const. du 16 juillet 1875 : « Le président de la république ratifie et négocie les traités. Il en donne connaissance aux chambres aussitôt que l'intérêt et la sécurité de l'Etat le permettent. Les traités de paix, de commerce, les traités qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes et au droit de propriété des Français à l'étranger ne sont définitifs qu'après avoir été votés par les deux chambres. Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi ». Ce texte, on le voit, distingue deux choses qui doivent en effet être distinguées : la négociation et la ratification des traités.

La négociation des traités. — Elle appartient entièrement au président de la république ou plus exactement au gouvernement, qui doit exercer ces pouvoirs de négociation avec une pleine et entière liberté, avec le concours de ses ambassadeurs ou envoyés extraordinaires. Les chambres ne peuvent limiter d'aucune manière, par voie préventive, les pouvoirs de négociation du gouvernement. Sans doute elles peuvent inviter le gouvernement à négocier ; elles peuvent même l'inviter à négocier sur telle ou telle base ; mais elles ne pourraient pas lui interdire d'avance de conclure tel ou tel traité, d'accepter telle ou telle clause. En le faisant les chambres porteraient atteinte au droit constitutionnel du gouvernement de négocier les traités.

Dans la séance du 23 janvier 1880, M. Keller, ayant présenté à la chambre une proposition ainsi conçue « Aucun traité ou convention ne pourra abaisser les droits au-dessous du tarif général... », dut le retirer devant l'observation très juste qu'elle était inconstitutionnelle. Dans la séance du 4 juin 1880 à propos d'une proposition de M. Guichard, qui tendait à limiter le droit du gouvernement dans la conclusion des traités de commerce, le président de la chambre Gambetta dit très justement : « Je ne puis pas laisser mettre en

discussion l'intégrité du droit du gouvernement de *traiter* dans la pleine liberté de sa puissance ». En 1890 et 1891, au moment du vote des tarifs douaniers, la question se posa devant la chambre et devant le sénat de savoir si l'établissement par le parlement d'un tarif minimum n'était pas une atteinte au droit du gouvernement de négocier. Il fut reconnu que l'établissement de ce tarif minimum ne pouvait pas lier le gouvernement, qui resterait toujours libre de conclure, sauf ratification des chambres, un traité abaissant les droits au-dessous du tarif minimum, qu'il y avait là seulement une invitation adressée au gouvernement de se conformer à ce tarif minimum dans la négociation qu'il engagerait. M. de Freycinet, président du conseil, disait à la séance de la chambre du 22 mars 1891 : « Les deux tarifs... le tarif maximum et le tarif minimum sont considérés par le gouvernement comme la base des rapports commerciaux qui vont être établis entre la France et les puissances étrangères... Si maintenant on veut que nous allions plus loin, que nous prenions l'engagement d'abandonner des prérogatives constitutionnelles, je répète que nous ne le ferons pas et que nous ne pouvons pas le faire ». Et M. Méline, au nom de la commission des douanes, disait : « J'ai reconnu que la constitution à la main le gouvernement pourrait en droit strict modifier par un traité un des chiffres du tarif minimum ». M. Dauphin faisait la même déclaration dans son rapport au sénat. Le 20 mai 1904, la chambre discutait une interpellation concernant le régime douanier de la Tunisie, pays de protectorat; MM. Debussy et Plichon ayant déposé un ordre du jour impératif qui paraissait lier le gouvernement, M. le président Brisson fit observer « que peut-être le caractère impératif de cet ordre du jour blesserait le droit constitutionnel du gouvernement de négocier en cette matière ». L'ordre du jour fut renvoyé à la commission et ne fut point soumis au vote. Rapp. l'observation dans le même sens de M. le vice-président Lockroy (séance du 12 novembre 1904) relativement à une motion présentée par MM. Delafosse et Paul Deschanel, invitant le gouvernement à négocier avec l'Angleterre en un sens déterminé. Cf. sur tous ces points, Pierre, *Droit polit. et parlem.*, 2e édit., 1902, p. 634 et suiv.; *Supplément*, p. 265.

Ratification des traités. — Le traité une fois conclu par les représentants des deux puissances contractantes, il faut le ratifier. En principe le pouvoir de ratifier les traités appartient au président de la république. La ratification a lieu en principe par un décret signé du président de la république et contresigné par le ministre des affaires étrangères, et cela sans aucune intervention des chambres. La constitution invite seulement le gouvernement à en donner communica-

tion aux chambres « aussitôt que l'intérêt et la sécurité de l'Etat le permettent ». C'est le gouvernement qui apprécie le moment où il fera cette communication. La ratification comme la négociation engage évidemment la responsabilité du ministère. Mais il est certain en même temps qu'un traité ayant été négocié et ratifié par le président de la république, le parlement par un vote ne pourrait pas déclarer que le président de la république a eu tort de ratifier un pareil traité et qu'il n'engage pas le pays.

Dans la séance de la chambre du 4 novembre 1890, M. de La Ferronnays ayant signalé comme contraire à la loi constitutionnelle la ratification donnée par le président de la république à un arrangement conclu avec la Grande-Bretagne, M. Ribot, ministre des affaires étrangères, constata que « le traité ayant été ratifié par le président de la république, personne ne demandait que la signature du président de la république fût mise en question ». Dans la séance de la chambre du 21 novembre 1901, M. Sembat ayant annoncé son intention d'inviter le gouvernement à soumettre à la chambre un traité déjà ratifié par le président de la république, M. le président Deschanel fit observer très justement qu'il ne serait pas constitutionnel de réclamer un vote de cette nature et M. Sembat n'insista pas.

Si en principe le président de la république a pouvoir de ratifier les traités, l'art. 8 de la loi const. du 16 juillet 1875 indique une série de traités qui doivent *être votés* par les deux chambres. Ce sont naturellement les traités qui ont été considérés par le législateur comme étant de nature à engager le plus gravement le pays et aussi comme pouvant être sans danger soumis à la publicité. Ces traités sont énumérés limitativement par l'art. 8. Ce sont les traités de paix, de commerce, les traités qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes et au droit de propriété des Français à l'étranger, les traités importante cession, échange ou adjonction de territoire.

On a dit parfois que cette liste est si étendue qu'en réalité le droit de ratification du président de la république est réduit à néant, qu'on ne peut pas trouver

un traité de quelque importance qui ne rentre pas dans l'énumération de l'art. 8 et qui par conséquent ne doive pas être soumis aux chambres. C'est une erreur. L'énumération de l'art. 8 est assurément très large et comprend des traités très importants. Mais il reste en dehors d'elle des traités d'une importance extrême qui peuvent être ratifiés par le président de la république seul et qui peuvent ainsi engager le pays sans l'intervention du parlement, sauf bien entendu toujours la responsabilité ministérielle. L'art. 8 exige l'intervention des chambres pour un traité de paix proprement dit; mais il ne l'exige pas pour un traité intervenant après une guerre dans laquelle la France n'était pas partie belligérante. C'est ainsi par exemple que le traité conclu à Berlin le 13 juin 1878, entre la Russie, la Turquie, l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, l'Angleterre, l'Italie et la France, après la guerre russo-turque de 1877, a pu être très constitutionnellement ratifié par le président de la république seul (V. décret de ratification, *J. off.*, 6 septembre 1878). Les traités de protectorat peuvent être ratifiés par le président de la république seul. Il en est de même des traités d'alliance. Ainsi s'il est vrai qu'il existe un traité d'alliance entre la France et la Russie, ce traité ratifié par le président de la république engage incontestablement la France, bien qu'il n'ait pas été soumis au parlement. Si le traité d'alliance engage les finances, il doit évidemment être soumis au vote du parlement.

La chambre saisie d'un traité peut déclarer que ce traité ne rentre pas dans l'énumération de l'art. 8, qu'il peut être ratifié par le président de la république seul et déclarer en conséquence qu'elle s'en rapporte à la sagesse du gouvernement. La chambre a adopté une résolution en ce sens le 28 novembre 1891 à propos d'un traité avec le Dahomey.

L'art. 8 de la loi const. du 16 juillet 1875 dit que « les traités de paix, etc., ne sont définitifs qu'après avoir été votés par les deux chambres ». En fait les traités ne sont pas réellement votés par les deux chambres. Les chambres votent seulement une loi ainsi conçue : « Le président de la république est autorisé à ratifier, et s'il y a lieu à faire exécuter la convention ». Les chambres, naturelle-

ment, ne votent cette loi que si elles approuvent les différents articles de la convention; mais elles ne les votent pas. Il est dit aux règlements des chambres, rédigés à cet égard en termes à peu près identiques : « Lorsque la chambre est saisie d'un projet de loi par lequel le gouvernement, conformément à l'art. 8 de la loi const. du 16 juillet 1875, lui demande l'approbation d'un traité conclu avec une puissance étrangère, il n'est pas voté sur les articles du traité et il ne peut être présenté d'amendement à son texte. S'il y a... opposition à quelques-unes des clauses du traité, elle se produit par une demande de renvoi à la commission... » (Règl. sénat, art. 73 et chambre, art. 32). On comprend, en effet, qu'il eût été peu correct, au point de vue diplomatique, que les chambres émissent directement des votes sur les diverses clauses d'un traité conclu avec une puissance étrangère.

La loi autorisant le président de la république à ratifier un traité est promulguée au *Journal officiel*, mais sans le texte du traité. Une note annonce que le texte du traité sera publié en même temps que le décret de promulgation, laquelle n'a lieu qu'après l'échange des ratifications, qui demande toujours un temps plus ou moins long. Ce décret rappelle la loi approuvant le traité, indique que les ratifications ont été échangées et porte que la convention dont la teneur suit recevra sa pleine exécution.

Déclaration de guerre. — Aux termes de l'art. 9 de la loi const. du 16 juillet 1875 « le président de la république ne peut déclarer la guerre sans l'assentiment préalable des deux chambres ». Le système est donc celui-ci : Le gouvernement peut seul prendre l'initiative d'une déclaration de guerre; seul il peut saisir le parlement d'une proposition tendant à être autorisé à faire une déclaration de guerre; et il ne peut faire une déclaration de guerre qu'après avoir obtenu l'assentiment des deux chambres. La pensée très sage du législateur constituant est qu'un acte aussi grave que l'entreprise d'une guerre, qui peut mettre en question l'existence de la patrie, ne doit jamais pouvoir être fait sans l'assentiment exprès des représentants élus de la nation. Cependant, en fait, l'application de ce texte ne sera pas sans présenter de très graves difficultés et même, dans certains cas, sera absolument impossible.

La règle de l'art. 9 de la loi du 16 juillet 1875 se trouve pour la première fois dans la constitution de 1791, qui l'a formulée en termes beaucoup plus clairs : « La guerre ne peut être décidée que par un

décret du corps législatif rendu sur la proposition formelle et nécessaire du roi et sanctionné par lui » (tit. III, chap. III, sect. I, art. 2, § 1). Rapp. const. an III, art. 326. Aux termes de l'art. 50 de la const. de l'an VIII « les déclarations de guerre devaient être proposées, discutées, décrétées et promulguées comme des lois ». Ce texte n'empêcha pas Napoléon de faire la guerre suivant son bon plaisir; et le sénat, dans l'acte de déchéance du 3 avril 1814, inscrivit parmi les considérants « que Napoléon avait entrepris une suite de guerres en violation de l'art. 50 de la constitution de l'an VIII... ». L'art. 14 de la Charte de 1814 et l'art. 13 de la Charte de 1830 donnaient au roi le droit de déclarer la guerre; mais on reconnaissait que le contrôle des chambres se serait toujours exercé au moyen du vote des crédits nécessaires (chambre des pairs, 24 avril 1833, rapport du duc Decazes). L'art. 54 de la const. de 1848 exigeait, pour l'entreprise d'une guerre, le consentement de l'assemblée nationale. Aux termes de l'art. 6 de la const. de 1852 et de l'art. 14 du sénatus-consulte const. de 1870, l'empereur pouvait déclarer la guerre seul. En fait la guerre de 1870 fut déclarée avec l'assentiment exprès du corps législatif, donné le 15 juillet 1870 par le vote des crédits demandés par le gouvernement.

Si l'on suppose que la France s'engage dans une guerre offensive, l'art. 9 de la loi du 16 juillet 1875 pourra s'appliquer sans difficulté. Le gouvernement français, estimant que les événements obligent à entrer en guerre avec une puissance étrangère, expose les faits aux chambres et leur demande leur assentiment pour adresser en la forme diplomatique une déclaration de guerre ou un ultimatum qui n'est qu'une déclaration de guerre conditionnelle. En fait l'assentiment des chambres sera une simple formalité; car il est probable que le gouvernement ne demandera jamais une telle autorisation que lorsque les choses en seront venues à un tel point que l'honneur, la sécurité même du pays sont en jeu et qu'il n'est plus permis de reculer.

Au cas de guerre défensive le parlement ne pourra, semble-t-il, intervenir pour donner son assentiment à la guerre que si le gouvernement français a reçu un ultimatum et qu'il demande au parlement de n'y point optempérer. Mais encore ici l'assentiment des chambres ne sera qu'une formalité. D'autre part, il peut arriver que la France soit attaquée sans une déclaration de guerre préalable. Les jurisconsultes anglais et américains soutiennent qu'une déclaration de guerre préalable aux hostilités n'est point nécessaire, et de fait la guerre russo-japonaise a commencé au mois de février 1904 par un acte d'hostilité du Japon sans aucune déclaration. Il va de soi que si la France était ainsi victime d'un acte d'hostilité, elle n'aurait qu'à se défendre; le gouvernement n'aurait qu'à mobiliser, et la demande d'autorisation du parlement serait chose superflue, même pour l'ouverture des crédits.

Depuis 1871 la France fort heureusement n'a pas eu de guerre

avec une puissance faisant partie du concert diplomatique. Mais elle a fait de nombreuses expéditions pour lesquelles il n'y a jamais eu de déclaration de guerre et jamais une demande directe adressée au parlement tendant à obtenir son assentiment. L'approbation du parlement a toujours été donnée sous forme de vote de crédits pour commencer ou continuer l'expédition. En 1884, au moment de la conquête du Tonkin, des actes d'hostilités contre la Chine, notamment le bombardement de l'arsenal de Fou-Tcheou par l'amiral Courbet, furent qualifiés de *représailles*, et eurent lieu sans déclaration de guerre et sans l'assentiment direct du parlement. Les internationalistes se demandent si l'on pouvait bien qualifier de pareils actes de *représailles*. Ni l'expédition du Dahomey en 1892, ni celle de Madagascar en 1895, ni celle de Chine en 1900 ne furent précédées d'une déclaration de guerre ni l'objet d'une approbation directe du parlement, qui ne fut appelé encore à exprimer son consentement que par le vote des crédits.

M. Despagnet critique cette distinction entre les expéditions et les guerres proprement dites; il pense que le droit international ne saurait admettre cette pratique irrationnelle et contradictoire d'actes d'hostilité sans guerre; il pense qu'il faudrait assimiler les expéditions aux guerres véritables et exiger l'approbation du parlement pour les unes comme pour les autres conformément à l'art. 9 de la loi const. du 16 juillet 1875. Théoriquement, notre regretté collègue a parfaitement raison. Pratiquement, on l'a montré plus haut, l'art. 9 est inapplicable pour les guerres véritables comme pour les expéditions. Les faits l'ont démontré pour les expéditions. Fort heureusement les faits ne l'ont pas encore démontré pour une guerre véritable et nous espérons bien que la démonstration n'aura jamais l'occasion d'être faite.

143. Irresponsabilité et responsabilité du président de la république. — « Le président de la république n'est responsable que dans le cas de haute trahison » (L. const. 25 février 1875, art. 6, § 2). Nous avons montré (§§ 58 et 61) sous l'empire de quelles nécessités pratiques et pour résoudre quel problème s'était formée en Angleterre et dans les monarchies parlementaires l'idée d'irresponsabilité du monarque chef de l'Etat. C'est dans le même but que les constituants de 1875 ont voulu faire du président de la république française un roi parlementaire de sept ans et ont établi son irresponsabilité politique.

La pensée de l'Assemblée fut d'abord d'imiter la monarchie et de donner au président de la république autant que possible la situation d'un monarque. D'autre part, tous les monarchistes qui votaient

la constitution républicaine avaient surtout en vue le maréchal de Mac-Mahon et ils considéraient — M. de Ventavon le disait expressément dans la séance du 21 janvier 1875 — « que c'était la condition indispensable de la durée de ses pouvoirs ». Ils pensaient qu'en déclarant le président de la république irresponsable, en le plaçant au-dessus des partis, ils lui donnaient une position plus solide. C'était vrai ; mais le président n'acquérait cette position qu'au prix de ses pouvoirs. Il était mis par là dans l'impossibilité d'exercer les pouvoirs que lui accordait la constitution ; il devenait le prisonnier du ministère et du parlement. Dans les pays monarchiques, le roi représente une force sociale et, malgré son irresponsabilité, il peut, en s'appuyant sur cette force sociale, jouer un rôle actif dans les affaires du pays. Un président de la république, élu des chambres et irresponsable, ne représente aucune force sociale et ne peut jouer aucun rôle actif, à moins qu'il n'ait une autorité personnelle considérable, ce qui ne se présentera que fort rarement et peut-être jamais.

Quelques-uns des membres les plus influents de l'Assemblée de 1871 avaient bien compris que le président de la république ne pourrait exercer réellement les pouvoirs qu'on lui conférait que s'il était responsable politiquement devant les chambres. La loi du 13 mars 1873, tout en déclarant que les interpellations ne pourraient être adressées qu'aux ministres, avait maintenu la responsabilité du président de la république (M. Thiers) devant l'Assemblée. M. Thiers affirmait devant la première commission des Trente, en décembre 1872, en janvier et février 1873, que si dans une monarchie constitutionnelle le roi doit se borner à régner, dans une république le président est nécessairement responsable (cité d'après Bompard, *Le veto du président de la république*, 1906, p. 257). M. Dufaure reconnaissait aussi la nécessité de la responsabilité présidentielle. Dans l'exposé des motifs du projet constitutionnel déposé au nom du gouvernement le 19 mai 1873, il insistait sur la nécessité de concentrer dans les mains du premier magistrat des pouvoirs très étendus, sur l'obligation où l'on se trouvait de s'écarter à la fois du régime parlementaire et du régime américain ; le président devait être élu par un congrès spécial composé des sénateurs, de députés et de trois électeurs nommés par chaque conseil général. L'art. 14 du projet portait : « Le président de la république et les ministres pris, soit individuellement, soit collectivement, sont responsables des actes du gouvernement » (Exposé des motifs et projet Dufaure, *Annales Ass. nat. 1871*, XVIII, annexes, p. 3). On a dit plus haut pourquoi l'Assemblée nationale n'adopta pas le système et déclara le président de la république politiquement irresponsable.

Le président de la république étant politiquement irresponsable, tous ses actes doivent être contresignés par un ministre. Ce contreseing engage et révèle la

responsabilité ministérielle. « Chacun des actes du président de la république doit être contresigné par un ministre ». (L. 25 février 1875, art. 3, § 6).

Le texte ne fait aucune exception. On a vu notamment que les actes qui révoquent un ministre, qui nomment un nouveau président du conseil, les messages doivent être contresignés par un ministre. On ne fait exception que pour le message par lequel le président de la république donne sa démission. C'est ce qui a fait dire que c'était le seul droit que le président de la république pût exercer librement. L'art. 67 de la const. de 1848 exceptait de l'obligation du contre-seing ministériel les actes de nomination et de révocation des ministres. Cf. § 139.

Comment le président de la république irresponsable peut-il faire sentir son action dans la direction des affaires? Cela n'est plus une question de droit, mais une pure question de fait. Le président peut, par son autorité personnelle, par le prestige qui s'attache à ses fonctions, par la confiance qu'il inspire, exercer une influence effective et heureuse dans la politique du pays et particulièrement dans la politique étrangère. Il y a là évidemment une question de tact et de mesure et on ne peut formuler aucune règle. Il est un acte pour lequel il nous semble cependant que le président de la république peut agir avec une entière indépendance et exercer une action très effective, c'est le choix du président du conseil du nouveau ministère au cas de crise ministérielle. D'après un usage établi, lorsque le ministère au pouvoir se retire, le président de la république, après avoir pris l'avis des présidents du sénat et de la chambre, choisit un homme politique qu'il charge de former un nouveau ministère dont il aura la présidence. Sans doute, à moins de faire la dissolution, il doit le choisir dans la majorité. Mais dans cette limite, il a une liberté de choix complète; il a le pouvoir et le devoir de ne pas se laisser imposer par des intrigues de couloirs tel ou tel politicien.

M. le président Fallières, à son arrivée au pouvoir, a expliqué lui-même comment il comprenait le rôle du président de la république. Interviewé par un rédacteur des *Lectures pour tous*, il lui a dit : « En observant les droits et les devoirs que la constitution lui

impose, j'estime que le président de la république peut être l'arbitre et le conseiller de la politique française, sans cependant prendre aucune part active à cette politique. Et d'ailleurs la constitution le lui permet, lorsqu'elle lui accorde le droit de communiquer par message avec les chambres et de leur demander une seconde délibération d'une loi dont la première délibération n'a pas abouti à un vote qui le satisfait » (*Lectures pour tous*, mars 1906). M. Fallières, président de la république, paraît n'avoir pas sur le *veto* présidentiel la même opinion que M. Fallières président du sénat (cf. *supra*, § 139).

Cas de haute trahison. — Si le président de la république est politiquement irresponsable, il est responsable pénalement. D'abord il est incontestable qu'il est pénalement responsable des infractions de droit commun. Il ne bénéficie point à cet égard de l'inviolabilité des chefs d'Etat dans les pays monarchiques. Il est un citoyen et reste soumis au droit commun sauf le privilège de juridiction qui lui appartient en vertu de l'art. 12 de la loi du 16 juillet 1875 (cf. *supra*, § 132). D'autre part, il est pénalement responsable des infractions commises dans l'exercice de ses fonctions, mais à la condition qu'elles constituent un crime de *haute trahison* (L. const. 25 février 1875, art. 6, § 2). Aucune loi ne définit le crime de haute trahison, et nous croyons avoir démontré que tant qu'une loi n'aura pas défini le crime de haute trahison, le sénat ne pourra pas condamner le président de la république, qu'il ne pourrait même pas prononcer sa déchéance (cf. § 132).

Il y a là évidemment une lacune importante dans notre législation constitutionnelle. Au mois de janvier 1878, M. Pascal Duprat a déposé à la chambre des députés une proposition de loi sur la responsabilité du président de la république. Les articles 2 et 3 de la proposition définissaient le crime de haute trahison dans les termes suivants : « Il y a crime de haute trahison de la part du président de la république lorsque par une mesure quelconque il met obstacle à l'exercice du pouvoir législatif..., lorsqu'il se rend coupable de crimes envers la sûreté de l'Etat (tels qu'ils sont définis au code pénal) : s'il entreprend une guerre sans le consentement préalable du pouvoir législatif; s'il introduit ou laisse introduire sans le consentement des chambres des troupes étrangères sur le territoire de la république ; s'il se rend coupable d'actes ou de manœuvres tendant à renverser la constitution ». Les peines étaient, d'après la proposition, la déportation au cas de condamnation sans circonstances atténuan-

tes, ou autrement la détention ou le bannissement, et dans tous les cas bien entendu la déchéance. La proposition de loi réglait aussi la procédure pour la mise en accusation et le jugement. Elle fut prise en considération (24 mai 1879); mais il n'y a point été donné de suite. V. le texte de la proposition, *J. off., doc. parl.*, chambre 1879, p. 502.

La const. de 1848, art. 68 déclarait « le président de la république et les membres... responsables chacun en ce qui le concerne de tous actes du gouvernement et de l'administration ». Elle qualifiait crime de haute trahison « toute mesure par laquelle le président de la république dissout l'assemblée nationale, la proroge ou met obstacle à l'exercice de son mandat ». Elle ajoutait : « Par ce seul fait, le président est déchu de ses fonctions; les citoyens sont tenus de lui refuser obéissance; le pouvoir exécutif passe de plein droit à l'assemblée nationale ». On ne trouve dans les lois const. de 1875 aucune disposition analogue.

Aux termes de l'art. 5 de la const. de 1852, « le président de la république est responsable devant le peuple français auquel il a toujours le droit de faire appel ». C'était une responsabilité tout à fait illusoire ; mais c'était en même temps un moyen commode de donner une apparence de légalité au pouvoir personnel.

Aux Etats-Unis la responsabilité à la fois politique et pénale du président de la république est mise en œuvre par la procédure de l'*impeachment*. Il est traduit devant le sénat sur un vote de la chambre des représentants (cf. *supra*, § 133). La section IV de l'art. II de la constitution américaine porte : « Le président, le vice-président et tous les fonctionnaires civils des Etats-Unis seront destitués de leurs fonctions si à la suite d'une mise en accusation (*Impeachment*) ils sont convaincus de trahison, concussion ou autres crimes et méfaits ». Aucune condamnation ne peut être prononcée par le sénat qu'à la majorité des deux tiers des membres présents (art. II, sect. III, § 6).

B. *Les ministres.*

144. Caractères et nomination des ministres. — Dans les pays parlementaires modernes, en France particulièrement, les ministres ont deux caractères très déterminés qu'il importe de préciser. Ils sont d'abord, comme ils l'ont toujours été et comme ils le sont partout, les chefs des administrations qui ressortissent à leur département ministériel. Ils ont à ce titre de nombreuses attributions d'ordre purement

administratif qu'il n'y a pas lieu d'étudier ici (cons. les *Traités de droit administratif*). Mais les ministres sont d'autre part membres du conseil des ministres, du cabinet, et ils exercent à ce titre, sous leur responsabilité devant les chambres, des attributions d'ordre politique, qu'on ne peut mieux définir qu'en disant qu'ils exercent les attributions dont le président de la république est en droit titulaire.

Sur les ministres en général, cons. Dupriez, *Les ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amérique*, 1893; Hervieu, *Les ministres, leurs rôles et leurs attributions*, 1893; Moreau, *Le pouvoir ministériel, Revue du droit public*, 1897, I, p. 92.

Le conseil des ministres ou cabinet. — Il est composé des ministres; mais il forme un organe de gouvernement *un*. C'est lui qui imprime la direction au gouvernement; c'est lui qui prend toutes les décisions importantes sous le nom du président de la république et sous la responsabilité des ministres qui le composent. Ainsi le président de la république est titulaire de toutes les attributions; le conseil des ministres décide dans quelles conditions et dans quel sens elles doivent être exercées; ses membres les exercent sous leur responsabilité.

Le conseil des ministres est ainsi le rouage essentiel de la machine gouvernementale. Et, chose curieuse, aucun article de la constitution ne détermine sa composition et ses attributions.

A peine quelques articles parlent-ils incidemment du conseil des ministres. L'art. 4 de la loi du 25 février 1875 décide que les décrets nommant ou révoquant un conseiller en service ordinaire doivent être pris en conseil des ministres: l'art. 7, § 2 de la même loi porte que, pendant l'interrègne présidentiel, le pouvoir exécutif appartient au conseil des ministres; l'art. 12, § 3 de la loi du 16 juillet 1875 décide que le sénat est constitué en haute cour de justice pour juger toute personne prévenue d'attentat à la sûreté de l'Etat par un décret rendu en conseil des ministres.

Les constitutions antérieures à 1875 n'étaient pas beaucoup plus riches en dispositions relatives au conseil des ministres. Le premier texte législatif qui ait institué un conseil des ministres est la loi des 27 avril-25 mai 1791, relative à l'organisation du ministère dont l'art. 15 portait : « Il y aura un conseil d'Etat composé du

roi et des ministres ». Les art. 16 et 17, qui en déterminaient les attributions, en faisaient véritablement un organe de gouvernement. Mais l'action politique de ce conseil se trouva forcément restreinte par l'absence de responsabilité politique. Tous les actes du roi, il est vrai, devaient être contresignés par un ministre (const. 1791, tit. III, chap. II, sect. IV, art. 4). Mais l'art. 5 de la même section n'établissait que la responsabilité pénale des ministres, « la responsabilité de tous les délits commis par eux contre la sûreté nationale et la constitution », et l'art. 16 *in fine* de la loi du 27 avril 1791 stipulait que le contreseing d'un ministre sur un acte du roi exerçant son veto successif n'entraînait aucune responsabilité.

La const. de l'an III décide expressément que « les ministres ne forment point un conseil » (art. 151). Les ministres sont des agents administratifs et pas autre chose. Il en est de même, bien entendu, sous le consulat et le premier empire. Les Chartes ne disent mot du conseil des ministres. Mais à l'exemple de l'Angleterre le cabinet devient l'organe essentiel du gouvernement. Pendant la Restauration s'introduit peu à peu en France la notion de la responsabilité politique et solidaire des ministres, qui implique évidemment l'existence d'un conseil délibérant sur les mesures politiques. Cf. *supra*, §§ 60 et 61; Bonnefond, *Le régime parlementaire sous la Restauration*, 1905; Barthélemy, *Introduction du régime parlementaire en France*, 1904.

Sans le dire expressément la const. de 1848 maintenait certainement le conseil des ministres. L'art. 64 spécifiait d'ailleurs que certains fonctionnaires ne pouvaient être nommés qu'en conseil des ministres. L'existence d'un conseil des ministres est le propre des gouvernements parlementaires. Aussi en 1852 les ministres cessent-ils de former un conseil, pour n'être que les agents du chef de l'Etat, et il est dit expressément, dans la proclamation du 14 janvier 1852 placée en tête de la const. de 1852, « que les ministres ne forment plus un conseil responsable, composé de membres solidaires, obstacle journalier à l'impulsion particulière du chef de l'Etat... ». Mais le sénatusconsulte const. du 21 mai 1870, qui organise un gouvernement parlementaire, décide que les ministres délibèrent en conseil sous la présidence de l'empereur (art. 19).

Dans la résolution du 17 février 1871, par laquelle l'Assemblée nationale nommait M. Thiers chef du pouvoir exécutif, il était dit : « Il (M. Thiers) exercera ses fonctions, sous l'autorité de l'Assemblée nationale, avec le concours des ministres qu'il aura choisis et qu'il présidera ». Cela impliquait la reconnaissance du conseil des ministres. La loi du 31 août 1871, qui donnait à M. Thiers le titre de président de la république, était plus explicite : « Le président de la république nomme et révoque les ministres. Le *conseil des ministres* et les ministres sont responsables devant l'Assemblée ».

Ainsi il n'est pas douteux que les ministres forment un conseil qui constitue un organe *un* de gouverne-

ment. La condition indispensable pour que l'unité puisse être maintenue dans cet organe collectif qu'est le ministère, c'est qu'il ait un chef. Ce chef porte aujourd'hui en France le titre de *président du conseil des ministres*. C'est toujours en fait un des ministres à portefeuille. Ce pourrait être cependant un ministre sans portefeuille.

En Angleterre, c'est le *premier ministre*, chef du cabinet, qui est le chef du gouvernement et qui sous sa responsabilité et celle de ses collègues, tous solidaires de lui-même et entre eux, exerce les fonctions du gouvernement. Le roi même ne prend pas part aux réunions du cabinet; c'est une règle établie depuis Georges Ier. M. Anson écrit : « Le cabinet est un organe bien défini dont tout le monde se fait une idée assez nette. C'est un groupe de personnes collectivement responsables de la politique et du gouvernement de l'Etat... Les membres du cabinet sont choisis et dirigés par un chef que nous appelons le *premier ministre*. C'est le principal représentant du parti politique qui a pour un temps la majorité à la chambre des communes et dans le pays ». Le premier ministre a été presque toujours premier Lord de la trésorerie; mais les fonctions effectives de ministre des finances sont exercées par le chancelier de l'échiquier. Cf. Anson, *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre*, II, p. 128 et 209.

En France, au lendemain de la loi du 31 août 1871, qui formulait le principe de la responsabilité du conseil des ministres devant l'Assemblée, le décret du 2 septembre 1871 créa un *vice-président* du conseil des ministres. M. Thiers, président de la république, était en même temps un premier ministre, déclaré responsable devant l'assemblée (L. 31 août 1871, art. 2, § 7), et un chef d'Etat. Le vice-président du conseil des ministres n'était donc point en réalité le chef du ministère et le directeur de sa politique ; il était seulement chargé de le convoquer et de le présider au cas d'empêchement du président de la république. Jusqu'aux élections de février 1876, il n'y eut toujours qu'un vice-président du conseil des ministres. Mais la constitution de 1875 ayant déclaré le président de la république irresponsable, il était logique qu'il y eût un président du conseil des ministres, véritablement chef du ministère, directeur de sa politique et responsable. Aussi le décret du 2 mars 1876, au moment de la nomination du premier ministère constitué sous l'application de la constitution de 1875, nomma-t-il M. Dufaure *président* du conseil des membres, et depuis il y a toujours eu un président du conseil des ministres.

En France, à la différence de ce qui se passe en Angleterre, le chef de l'Etat a toujours assisté aux réunions du conseil des ministres.

Sous la Restauration et le gouvernement de Juillet, le roi présidait le conseil des ministres. La const. de 1848 donnait au président de la république implicitement la présidence du conseil des ministres. Aux termes de l'art. 19 du sénatusconsulte const. du 21 avril 1870, le conseil des ministres se réunit sous la présidence de l'empereur. La résolution du 17 février 1871 décidait que M. Thiers, chef du pouvoir exécutif, présiderait le conseil des ministres.

Rien de contraire à cette pratique n'ayant été dit dans la const. de 1875, la tradition s'est maintenue, et, actuellement, le président de la république assiste aux réunions du conseil des ministres.

Mais les ministres peuvent se réunir hors la présence du chef de l'Etat; ces réunions portent le nom de *conseil de cabinet*. Ces réunions des ministres hors la présence du chef de l'Etat avaient lieu déjà sous Louis-Philippe. Aujourd'hui, elles alternent avec les réunions en conseil de ministres. Mais il importe de noter que, lorsque la loi exige qu'une décision soit prise en conseil des ministres, il faut qu'elle ait été délibérée par les ministres réunis en présence du chef de l'Etat. Il n'y a légalement *conseil des ministres* qu'à cette condition.

Quand le président de la république assiste à la réunion des ministres, est-il exact de dire qu'il la préside? D'après M. Pierre (*Droit politique et parlem.*, 2e édit., 1902, p. 115), même lorsque le président de la république assiste à la réunion des ministres, les attributions du président du conseil restent intactes; c'est lui qui donne la parole, qui pose les questions et qui fait aller aux voix.

Le président de la république, assistant au conseil des ministres, y vote-t-il? D'après M. Esmein, étant donné le gouvernement parlementaire, il paraît plus conforme à son esprit que le président de la république assistant au conseil des ministres s'abstienne d'y voter. D'après cet auteur, la pratique se serait fixée en ce sens; et il cite à l'appui de cela un article du journal *le Matin* du 18 septembre 1898 (*Droit const.*, 4e édit., 1906, p. 680, note 4).

Ce que disent M. Pierre et M. Esmein est bien possible. Mais si le président de la république ne préside pas le conseil des ministres et s'il n'y vote pas, nous nous demandons ce qu'il y fait.

Nomination des ministres. — Elle est faite par le président de la république. Aucun texte ne lui donne expressément ce droit. Mais ayant, aux termes de l'ar 3, § 3 de la loi const. du 25 février 1875, la no-

mination à tous les emplois civils et militaires, il a par là même le droit de nommer les ministres. Ayant le droit de les nommer, il a le droit de les révoquer.

Ce droit de nomination et de révocation ne lui est point contesté. Il était reconnu expressément au président de la république par la constitution de 1848, art. 64 : « Il nomme et révoque les ministres ». La loi du 31 août 1871, art. 3, § 5 s'exprimait de la même manière.

Mais ce droit de nomination et de révocation des ministres se trouve en fait bien réduit. En effet le président ne peut choisir que des ministres qui soient disposés à suivre une politique approuvée par les chambres. Il peut bien en droit choisir des ministres n'ayant pas la majorité à la chambre des députés et ayant l'approbation du sénat; mais il devra alors dissoudre la chambre, et si le corps électoral renvoie la même majorité, il devra évidemment prendre un ministère dans la majorité. D'autre part, si le président révoque des ministres qui ont l'approbation de la chambre, il doit encore faire la dissolution (cf. *supra*, § 137). Enfin son droit de révocation des ministres est tout à fait limité par la nécessité du contreseing ministériel, même pour ces décrets de révocation.

En fait, dans tous les pays les actes de révocation des ministres sont extrêmement rares ; les ministres donnent leur démission; et au lieu de révoquer un ou plusieurs ministres, le chef de l'Etat ou le président du conseil leur demande leur démission. Si l'on suppose que, par impossible, les ministres refusent leur démission, le décret de révocation ne pourrait être porté qu'avec le contreseing de l'un d'eux.

Les ministres doivent adresser leur démission au président du conseil; celui-ci adresse sa démission au président de la république et lui transmet celles de ses collègues. L'acte du général Chanoine, ministre de la guerre, donnant sa démission à la chambre (séance 29 octobre 1898) était tout à fait incorrect.

En fait, au cas de crise ministérielle, le président de la république ne choisit pas les ministres ; il ne désigne que le président du conseil qui compose le ministère, lequel est toujours accepté par le président de la république.

Ce droit de nomination des ministres, appartenant au président de la république, quelque réduit qu'il soit, a été souvent critiqué. On a dit qu'il y avait là une fiction inutile ; qu'en réalité, le chef de l'Etat devait choisir ses ministres dans a majorité des cham-

bres et particulièrement dans la majorité de la chambre des députés et que, par conséquent, il serait beaucoup plus simple et plus logique de donner aux chambres et surtout à la chambre des députés la nomination des ministres ou du moins le choix du président du conseil.

Nous estimons qu'il faut absolument maintenir au président de la république le droit de nommer ses ministres. C'est le seul moyen d'assurer l'équilibre entre les pouvoirs, ce qui est la condition essentielle de tout gouvernement libre. Donner aux chambres la nomination des ministres, ce serait faire de ceux-ci de simples commis du parlement, ce serait établir la toute-puissance parlementaire. Sans doute le chef de l'Etat doit choisir ses ministres dans la majorité parlementaire; mais il a droit de choisir dans cette majorité l'homme qui aura la présidence du conseil; et cela constitue une prérogative importante, qui peut faire contrepoids à la puissance de la chambre.

Le président de la république peut choisir ses ministres comme bon lui semble. Il peut confier les fonctions ministérielles à des membres du parlement, sénateurs ou députés; il peut prendre quelques-uns de ses ministres ou tous en dehors du parlement.

Cette liberté de choix du chef de l'Etat a été souvent critiquée. D'une part on a dit que le chef de l'Etat ne devrait pas pouvoir prendre ses ministres dans le parlement, que cela est contraire à la séparation des pouvoirs, que les membres du parlement aspirent tous à exercer les fonctions ministérielles et que cela compromet bien souvent leur indépendance. C'est sous l'inspiration de ces idées que les auteurs de la const. de 1791 décidèrent qu'aucun membre de la législature ne pourrait être nommé ministre pendant la durée de ses fonctions ni pendant deux ans après en avoir cessé l'exercice (tit. III, chap. II, sect. IV, art. 2). Nous répondons que le principe de la séparation des pouvoirs ne saurait être invoqué sous un régime qui, comme le régime parlementaire, en est la négation même (cf. § 55). Dans un pays non parlementaire, les ministres doivent être choisis en dehors des chambres parce qu'ils ne sont alors que des chefs administratifs. C'était ainsi très logiquement que la const. de 1852 (art. 44) décidait que les ministres ne pouvaient être membres du corps législatif. Mais dans les pays parlementaires il est indispensable qu'ils puissent faire partie du parlement. A cette condition seulement ils pourront parler avec autorité aux chambres et au nom des chambres. L'expérience a d'ailleurs prouvé que les ministères d'affaires ou extra-parlementaires, composés entièrement de membres pris en dehors des chambres, n'ont jamais pu, sous un régime parlementaire, se maintenir au pouvoir que pendant fort peu de temps. Cependant il ne serait pas sage d'imposer au chef de l'Etat l'obligation de prendre dans les chambres, dans tous les

cas, tous les ministres. Il peut se rencontrer des circonstances où momentanément il y a tout intérêt à constituer un ministère extra-parlementaire, et il faut que le chef de l'Etat soit le cas échéant libre de le faire. D'autre part, il y a des ministères plus spécialement techniques, qui exigent à leur tête un spécial, comme les ministères de la guerre, de la marine; il faut que le président de la république puisse choisir librement le général ou l'amiral qu'il y nommera. Pour toutes ces raisons nous estimons que le système actuel de nomination des ministres doit être maintenu, et qu'il ne dépend que de la sagesse du président de la république et des chambres qu'il soit un très bon système.

Cf. séance du sénat du 27 juin 1899, rejet de la prise en considération de la proposition Bisseuil, tendant à établir l'incompatibilité entre les fonctions ministérielles et le mandat de député et de sénateur.

Les innombrables affaires qui ressortissent au gouvernement sont réparties entre un certain nombre de départements ministériels. Le président de la république peut, on l'a déjà dit (§ 141), fixer par décret le nombre des ministères, sauf bien entendu l'approbation du parlement donnée par le vote des crédits nécessaires. Cependant le ministère des colonies a été créé par une loi du 20 mars 1894; mais le ministère du travail et de la prévoyance sociale a été créé par un décret (D. 25 octobre 1906). Aujourd'hui il y a douze ministères dont les dénominations sont déterminées par les décrets du 25 octobre 1906, qui ont constitué le ministère actuellement au pouvoir présidé par l'honorable M. Clémenceau.

Les douze ministères portent les dénominations suivantes qui indiquent en même temps les affaires qui en dépendent : 1° Ministère de la justice; le ministre de la justice porte aussi officiellement l'ancien nom de garde des sceaux; 2° Ministère des affaires étrangères; 3° Ministère de l'intérieur; 4° Ministère des finances; 5° Ministère de la guerre; 6° Ministère de la marine; 7° Ministère de l'instruction publique, des beaux-arts et des cultes; quand la liquidation des retraites ecclésiastiques et des établissements ecclésiastiques sera achevée conformément à la loi du 9 décembre 1905, cette dénomination « et des cultes » disparaîtra, les cultes n'étant plus un service public; déjà le décret du 17 avril 1906 a considérablement réduit l'ancien service central des cultes; 8° Ministère des travaux publics, des postes et des télégraphes; les postes et les télégraphes, qui dépendaient du ministère du commerce, ont été rattachés aux travaux publics par décret du 14 mars 1906, parce que,

tion et qui est nécessaire à sa marche et pour expliquer les articles de la constitution qui donnent lieu à différentes interprétations (art. 54). Le sénat devient ainsi un instrument commode entre les mains du chef de l'Etat pour modifier la constitution. C'est en vertu de ces pouvoirs que le sénat vote le sénatusconsulte du 28 floréal an XII « confiant à un empereur le gouvernement de la république française » et organisant le nouvel empire. Seul le principe de l'hérédité de la dignité impériale est soumis au *referendum*. En 1815, l'Acte additionnel rédigé par une commission prend sa force dans l'acceptation populaire.

La constitution dite *sénatoriale* votée par le sénat impérial le 6 avril 1814, après le décret prononçant la déchéance de Napoléon Bonaparte, n'est point acceptée par Louis XVIII. Le roi entend monter sur le trône dans la plénitude de son droit héréditaire, et la Charte constitutionnelle de 1814 est la concession volontaire et gracieuse par le roi de certaines libertés à ses sujets. La Charte est *octroyée* (cf. le préamb. *in fine*). Le roi a tous les pouvoirs; seulement il consent à y apporter une limitation. Mais s'il y a une limitation aux pouvoirs du roi, il n'y en a point, semble-t-il, aux pouvoirs du roi et des représentants de la nation agissant de concert. Dans ces conditions deux questions se posaient. Le roi pouvait-il modifier seul la Charte ? La Charte pouvait-elle être modifiée par une loi ordinaire résultant de l'accord des chambres et du roi (Charte de 1814, art. 15)?

La Charte étant octroyée volontairement par le roi, il semble que le roi peut à son gré modifier ou révoquer la Charte. Mais d'autre part, d'après le préambule, « la concession et l'octroi sont faits, *tant pour nous que pour nos successeurs et à toujours...* ». Quoique unilatérale, la promesse paraît donc devoir lier définitivement et irrévocablement Louis XVIII et ses successeurs. En fait, dans les premiers jours de la seconde restauration, l'ordonnance royale du 13 juillet 1815, qui convoquait une nouvelle chambre, modifiait certaines dispositions de la Charte. Au milieu des troubles de 1815, personne ne protesta. Mais l'ordonnance du 5 septembre 1816, qui prononçait la dissolution de la *chambre introuvable*, annonçait qu'aucun article de la charte ne serait modifié. Quand le roi Charles X, par les ordonnances du 25 juillet 1830, viola la Charte, en suspendant notamment la liberté de la presse, il provoqua une révolution qui entraîna la chute des Bourbons, et il semble bien qu'il n'y eut jamais révolution plus légitime.

La Charte pouvait-elle être modifiée par une loi ordinaire qui (art. 15) résultait de la volonté collective des deux chambres et du roi ? Si oui, sous la Restauration le système de la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires ne s'applique plus. S'il y a une loi constitutionnelle, ce ne peut être que la Charte; si la loi ordinaire peut modifier la charte, elle peut modifier la loi constitutionnelle. Il est bien difficile de dire que la Charte ne pouvait pas

être modifiée par une loi ordinaire. En effet la Charte est une promesse faite par le roi à ses sujets représentés par les chambres; il ne peut pas seul retirer cette promesse; mais si la chose est acceptée et par les chambres qui ont reçu la promesse et par le roi qui l'a faite, rien ne s'oppose à ce que la Charte soit modifiée. Or c'est précisément ce qui a lieu quand la Charte est modifiée par une loi qui résulte de l'accord des deux chambres et du roi.

En fait, la Charte fut à plusieurs reprises modifiée par des lois: ce ne fut point cependant sans quelques protestations. De bons esprits pensaient notamment qu'on devait faire dans les articles de la Charte une distinction entre les articles *fondamentaux* et les articles *réglementaires*. Les premiers, disaient-ils, sont immuables; le roi ne peut y toucher parce que, en octroyant la Charte, il a renoncé définitivement et irrévocablement à les modifier; le législateur ne peut non plus les modifier, parce qu'ils sont constitutionnels et par conséquent au-dessus de lui. Cette théorie était bien fragile. D'abord il était difficile dans le fait de déterminer quels articles de la Charte étaient *fondamentaux*, quels simplement *réglementaires*. D'autre part, en déclarant les articles fondamentaux immuables et au regard du roi seul et au regard du législateur, on proclamait une constitution perpétuelle, ce qui paraît inadmissible. Toutefois cette distinction a occupé une très grande place dans les discussions politiques de la Restauration. Cf. notamment les discussions parlementaires qui ont précédé le vote de la loi électorale du 29 juin 1820 (*Archives parlem.*, 2e série, XXVII, p. 512) et celui de la loi du 9 juin 1824, modifiant l'art. 37 de la Charte et établissant le renouvellement *intégral* et *septennal* de la chambre des députés (*Archives parlem.*, 2e série, XLI, p. 86 et suiv.).

Pendant le Gouvernement de juillet, on n'a certainement pas fait la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires. La Charte de 1814 était une charte octroyée; la Charte de 1830 fut une charte votée par les chambres et acceptée par le roi. Cf. la Déclaration des chambres du 7 août 1830 et l'acceptation solennelle de la Charte par le duc d'Orléans en présence des chambres le 9 août 1830. Le mot de charte aurait dû être remplacé par celui de constitution. Mais il était très populaire; la révolution de Juillet avait été faite aux cris de : *Vive la Charte*, et il fut conservé quoiqu'il ne fût plus exact. La Charte était donc le résultat d'un accord des chambres et du roi. Toute loi dans le système politique qu'elle institue (art. 14) est le résultat du même accord. La loi peut donc évidemment modifier toutes les dispositions de la Charte. Ce droit du législateur de modifier la charte fut notamment affirmé très nettement au moment de la discussion de la loi sur la régence du 30 août 1842. Cf. notamment le rapport de Dupin (*Moniteur*, 17 août 1842).

Avec la révolution de 1848 réapparaît le système des lois constitutionnelles rigides. Par le décret du 5 mars 1848, le Gouvernement provisoire convoque les assemblées électorales de canton pour

élire les représentants du peuple à l'assemblée nationale « qui doit décréter la constitution ». L'Assemblée vote la constitution du 4 novembre 1848, et, revenant au principe représentatif absolu affirmé en 1791, elle décide que la constitution ne sera point soumise à l'acceptation du peuple (séances des 15 septembre et 23 octobre 1848). Cf. § 51.

La constitution règle le mode de revision constitutionnelle et la soumet à des conditions restrictives. Il faut que l'assemblée législative émette le vœu de la revision totale ou partielle dans la dernière année de la législature et que ce vœu soit exprimé par trois délibérations consécutives, prises chacune à un mois d'intervalle et aux trois quarts des suffrages exprimés, le nombre des votants devant être de 500 au moins. Si ces conditions sont réunies, une assemblée de revision est élue, suivant la loi électorale ordinaire, pour trois mois; elle ne doit s'occuper que de la revision pour laquelle elle a été convoquée; elle pouvait néanmoins, au cas d'urgence, pourvoir aux nécessités législatives (Const. de 1848, art. 111).

Le président de la république, le prince Louis-Napoléon, le 2 décembre 1851, prononce la dissolution illégale de l'assemblée, fait disperser par la force les députés tentant de se réunir, et demande au peuple français de lui donner par un plébiscite mandat de faire une constitution sur les *cinq bases* indiquées dans sa proclamation du 2 décembre. Dernière déformation du principe d'après lequel il n'y a de constitution que celle qui est approuvée par le peuple. C'est en vertu de ce mandat donné au prince par le plébiscite des 20 et 21 décembre 1851 qu'est faite la constitution du 14 janvier 1852, qui restera l'acte fondamental jusqu'au sénatusconsulte constituant du 21 mai 1870.

Comme le sénatusconsulte du 16 thermidor an X, la constitution de 1852 (art. 28-31) donnait au sénat pouvoir de régler « tout ce qui n'a pas été prévu par la constitution et qui est nécessaire à sa marche, le sens des acticles de la constitution qui donnent lieu à différentes interprétations » (art. 27). L'initiative appartenait en principe au chef de l'Etat seul. Mais il était dit à l'art. 32 : « Sera soumise au suffrage universel toute modification aux bases fondamentales de la constitution telles qu'elles ont été posées dans la proclamation du 2 décembre et adoptées par le peuple français ». C'était logique. Conformément à ce texte furent soumis à la ratification du peuple (21 et 22 novembre 1852) le sénatusconsulte du 7 novembre 1852 rétablissant la dignité impériale et proclamant Louis-Napoléon Bonaparte empereur des Français, et le sénatusconsulte du 20 avril 1870 (8 mai 1870) qui organisait l'empire parlementaire et qui après le vote populaire fut promulgué sous la date du 21 mai 1870.

149. De l'établissement et de la revision des lois constitutionnelles de 1875. — Le gouverne-

ment impérial s'effondrait le 4 septembre 1870 à la nouvelle du désastre de Sedan. Un gouvernement provisoire se constituait sous la présidence du général Trochu et prenait le titre de *Gouvernement de la Défense nationale.* Dès le 8 septembre, le Gouvernement de la Défense nationale convoquait les collèges électoraux pour le 12 octobre à l'effet d'élire une *assemblée nationale constituante.* Le décret du 10 septembre visant le décret du 8, « portant convocation des électeurs à l'effet d'élire une *assemblée nationale constituante* », fixe la date des élections pour les colonies. Le 15 septembre, un décret vient compléter celui du 8 en déclarant applicable aux élections pour l'*assemblée constituante* la loi du 15 mars 1849, sauf quelques modifications de détail. Le décret du 16 (art. 5) décide que les élections pour l'*assemblée constituante* sont avancées au 2 octobre et le décret du 17 porte que le second tour de scrutin pour l'élection des membres de l'*assemblée constituante* est fixé, s'il y a lieu, au dimanche 9 octobre. Mais les événements militaires se précipitent, et le décret du 23 septembre, « en considération des obstacles matériels », ajourne les élections pour l'*assemblée constituante* et annonce qu'une nouvelle date sera indiquée pour l'élection des membres de l'*assemblée constituante.* Cette nouvelle date, c'est le décret du 29 janvier 1871 qui vient la fixer : « Les collèges électoraux sont convoqués à l'effet d'élire l'*assemblée nationale* pour le dimanche 5 février dans le département de la Seine et pour le mercredi 8 février dans les autres départements » (art. 1). On ne dit pas *une* assemblée nationale mais *l'*assemblée nationale, c'est-à-dire l'assemblée dont l'élection avait été ordonnée, puis ajournée, c'est-à-dire l'*assemblée nationale constituante* nommément désignée dans les nombreux décrets qui ont précédé le décret du 29 janvier et dont celui-ci n'est que le complément. Il est donc certain que le décret du 29 janvier 1871 convoquait les électeurs à l'effet de nommer

une assemblée nationale constituante et que l'assemblée ainsi élue et qui a voté les lois de 1875 avait bien le pouvoir constituant.

Jusqu'au 30 janvier 1875, jour du vote de l'amendement Wallon, qui consacrait la république, le parti républicain a soutenu que l'assemblée élue en février 1871 n'avait point le pouvoir constituant, qu'elle avait seulement pouvoir de statuer sur la question de paix ou de guerre, que le décret du 29 janvier 1871 convoquait les électeurs à l'effet de nommer l'*assemblée nationale* et non une *assemblée constituante*. Le rapprochement des textes qui vient d'être fait montre que c'était une opinion insoutenable. Cela est confirmé par la circulaire adressée par le ministre de l'intérieur le 5 février 1871 : « Les électeurs ne s'abstiendront pas, y était-il dit, quand il s'agit de nommer une assemblée... qui sera peut-être appelée à poser les bases de nos institutions politiques, car il est impossible de prévoir où s'arrêtera sa tâche » (*J. off.*, 6 février 1871). D'ailleurs, dans les affirmations du parti républicain, il y avait bien plutôt une tactique politique qu'une opinion juridique.

Dès le 17 février 1871, dans l'acte par lequel elle nomme M. Thiers chef du pouvoir exécutif de la république française, l'Assemblée de Bordeaux affirme son pouvoir constituant. Au préambule de la loi du 31 août 1871, on lit : « L'Assemblée nationale, considérant qu'elle a le droit d'user du *pouvoir constituant*, attribut essentiel de la souveraineté dont elle est investie... », et dans la loi du 13 mars 1873 : « L'Assemblée nationale, réservant dans son intégrité le *pouvoir constituant* qui lui appartient... ». Cf. Duguit et Monnier, *Les constitutions de la France, Notices historiques*, p. cxv et suiv.

Cependant, les deux lois du 25 et du 24 février 1875 ne furent ni votées ni promulguées sous le titre de *lois constitutionnelles*. C'est que l'Assemblée, en majorité monarchiste, n'ose pas s'avouer à elle-même qu'elle fait une constitution républicaine. Elle avait d'abord seulement voulu, comme le lui proposait la commission des Trente, organiser les pouvoirs *septennaux* du maréchal de Mac-Mahon. Entraînée par la force irrésistible des faits, elle *constituait* la république, mais elle n'osait pas le dire. Le caractère constitutionnel des lois de février n'est cependant pas douteux; le rapporteur, M. de Ventavon, comme malgré lui, avait été obligé de le reconnaître dans son rapport pour la loi du 25 février; l'art. 8 de cette loi organisait la revision des lois constitutionnelles, et, depuis, les deux lois ont été qualifiées de lois constitutionnelles par les lois constitutionnelles du 21 juin 1879 et du 14 août 1884. Préparée par une commission en majorité républicaine, la troisième loi de 1875, la loi du 16 juillet 1875, a été, elle, votée et promulguée avec le titre officiel de loi constitutionnelle.

Le vote des lois de février a été le résultat d'une

transaction entre différents partis de l'Assemblée, transaction dont il faut bien connaître et comprendre les clauses, si l'on veut donner son véritable sens et sa véritable portée à l'art. 8 de la loi du 25 février 1875, qui règle le mode de revision de la constitution actuelle. Cette transaction intervint entre les partis modérés de l'Assemblée, le centre gauche et le centre droit; elle fut le résultat de ce que dans la phraséologie de l'époque on appela la *conjonction des centres*. Après le refus du comte de Chambord d'accepter la couronne avec le drapeau tricolore (31 octobre 1873), l'Assemblée vota la loi du 20 novembre 1873 (loi du septennat) qui confiait le pouvoir exécutif pour sept ans au maréchal de Mac-Mahon. Invoquant cette loi, tous les monarchistes soutenaient que désormais l'Assemblée ne pouvait qu'organiser les pouvoirs septennaux du maréchal de Mac-Mahon et qu'à l'expiration de ces pouvoirs il faudrait nécessairement procéder à une revision. Ils espéraient qu'à cette époque les choses auraient peut-être changé et que la monarchie serait possible. Les républicains, et notamment le centre gauche, soutenaient que l'Assemblée nationale pouvait et devait, par une constitution définitive, constituer la république comme gouvernement définitif du pays, et qu'en vertu de la loi du 20 novembre le maréchal de Mac-Mahon serait le premier président *septennal* de cette république. Quelques hommes politiques, et notamment les membres du groupe Wallon-Lavergne, essaient, aux mois de mai et de juin 1874, de négocier une transaction entre les modérés de la droite, le centre droit et les modérés de la gauche, le centre gauche sur les bases suivantes : le centre droit votera le principe de la république comme gouvernement définitif; mais le centre gauche en retour acceptera une clause de revision générale et toujours possible, afin que suivant les circonstances à tout moment la monarchie puisse être faite. Ce sont ces pourparlers, ces transactions plutôt tacitement consenties

qu'expressément formulées, qui aboutirent au vote du 30 janvier 1875, où le groupe Wallon-Lavergne et le grouge Target assurèrent l'adoption de l'amendement Wallon, et par là l'échec du *septennat* et l'établissemen de la république. Mais en retour le centre gauche vota le principe de la revision *générale, illimitée* et toujours possible. C'est là le point essentiel et qui permet de comprendre le vrai sens de l'art. 8 de la loi const. du 25 février 1875. Ainsi, à la différence de nos constitutions antérieures qui avaient entouré la revision de toute sorte de conditions restrictives, la constitution de 1875 a voulu que la revision fût aussi facile que possible, qu'à tout moment les chambres pussent la faire et même changer la forme du gouvernement. Et faiblesse de prévisions humaines, cette constitution, que l'on voulait toujours revisable, que beaucoup de ses auteurs croyaient provisoire, devait avoir une durée notablement plus longue qu'aucune des constitutions de la France au XIXe siècle !

L'art. 8 de la loi const. du 25 février 1875 est ainsi conçu : « Les chambres auront le droit, par délibérations séparées prises dans chacune à la majorité absolue des voix, soit spontanément, soit à la demande du président de la république, de déclarer qu'il y a lieu de reviser les lois constitutionnelles. Après que chacune des deux chambres aura pris cette résolution, elles se réuniront en assemblée nationale pour procéder à la revision. Les délibérations portant revision des lois constitutionnelles en tout ou en partie, devront être prises à la majorité absolue des membres composant l'assemblée nationale ». Ce dernier alinéa a reçu de la loi const. du 14 août 1884 une addition dont il sera parlé au § 151.

Initiative de la proposition de revision. — Elle appartient aux membres de chaque chambre et au gouvernement.

L'initiative parlementaire s'exerce ici conformément aux règles précédemment exposées (cf. § 124). L'urgence peut toujours être

demandée. Lorsqu'une proposition de revision due à l'initiative parlementaire est votée par l'une des chambres, le président de la chambre qui l'a votée prévient le président de l'autre chambre de l'initiative et du vote de la chambre qu'il préside; mais il ne la saisit pas de la résolution votée. En effet il ne s'agit pas ici d'une proposition de loi, dont le texte voté par une chambre doit être transmis à l'autre, mais bien d'une simple résolution; et l'art. 8 spécifie que pour qu'il puisse y avoir revision, il faut, au cas où l'initiative ne vient pas du gouvernement, qu'il y ait ***délibérations séparées prises spontanément dans chacune des deux chambres***, à la majorité absolue des voix. Il n'y aurait pas délibération ***séparées*** si l'une des chambres se trouvait saisie d'une proposition de revision par le renvoi du texte de la résolution votée par l'autre chambre. Cela fut dit très nettement par M. de Freycinet, président du conseil, le 7 février 1882 : « Ces décisions sont des actes distincts et séparés, des résolutions qui sont prises d'une manière complète et définitive par chacune des chambres isolément ». La chambre approuva cette manière de voir. Cf. Pierre, ***Droit politique et parlem.***, 2e édit., 1902, p. 26.

Le gouvernement aussi peut saisir les chambres d'une proposition de revision.

D'après l'art. 8, § 4 de la loi du 25 février 1875, pendant la durée des pouvoirs conférés au maréchal de Mac-Mahon par la loi du 20 novembre 1873, la proposition de revision ne pouvait être faite que par le président de la république. Cette disposition fut une concession aux partisans du septennat.

On s'est demandé si, lorsque l'initiative de la revision vient du gouvernement, le projet de résolution doit être présenté en même temps aux deux chambres. Il semble que ce serait la procédure la plus conforme à l'art. 8 de la loi du 25 février 1875. En effet, il exige des résolutions votées séparément par les deux chambres, ce qui semble impliquer deux propositions faites simultanément aux deux chambres par le gouvernement et non point une proposition faite à l'une des chambres et suivie de la transmission à l'autre chambre du texte voté par celle saisie en premier lieu. En fait, on n'a pas procédé ainsi. En 1884, la proposition a été faite d'abord à la chambre; le texte voté par celle-ci a été transmis au sénat; en un mot, on a suivi la procédure des projets de loi.

Quelle que soit la manière dont les chambres sont saisies d'une proposition de revision, soit par le gouvernement, soit par leurs membres, il faut, pour que l'assemblée nationale se réunisse, que les résolutions votées par les deux chambres soient conçues dans les mêmes termes. Sans doute, ce n'est pas une loi; mais certainement, dans la pensée du législateur de 1875,

il faut que ces résolutions soient identiques, il faut l'accord des chambres.

En 1884, les chambres ne se sont réunies en congrès qu'après s'être mises d'accord sur le texte des résolution sportant qu'il y avait lieu à revision.

En quels termes doivent être rédigées ces résolutions? Le législateur constituant n'a rien dit à cet égard. A notre avis, le dispositif de la résolution peut être précédé de considérants indiquant pourquoi les chambres veulent faire la revision et même le sens dans lequel elles estiment que la revision doit se faire. Mais le dispositif de la résolution ne peut point porter les modifications que les chambres estiment devoir être faites à la constitution; elles empiéteraient ainsi sur les pouvoirs du congrès. Il doit être dit dans le dispositif seulement ceci : « Il y a lieu de reviser les articles (indiqués par leur numéro) des lois constitutionnelles », ou : « Il y a lieu de reviser les lois constitutionnelles ». Cf. § 151 pour les pouvoirs du congrès.

Le projet de résolution de revision présenté à la chambre par le ministère Gambetta, le 14 janvier 1882, était précédé d'un long exposé des motifs, où le gouvernement expliquait en quel sens il entendait que se fît la revision; il contenait un seul article ainsi conçu : « Conformément à l'art. 8 de..., la chambre des députés déclare qu'il y a lieu de reviser les articles » (suivait l'énumération des articles). Sur le rapport de M. Andrieux, la chambre vota la résolution suivante : « Conformément à l'art. 8..., la chambre reconnait la nécessité de reviser les art. 4, 7 et 8 de la loi const. du 24 février 1875, etc..., et déclare qu'il y a lieu à revision des lois constitutionnelles ». On voit la différence des deux rédactions. Gambetta soutenait que les pouvoirs du congrès seraient limités par le dispositif de la résolution; la commission prétendait au contraire donner une simple indication, les pouvoirs du congrès restant illimités. Le vote du texte de la commission amena la chute du ministère Gambetta. En 1884, la chambre, sur la proposition du ministère Jules Ferry, votait une résolution de revision portant : « Conformément à l'art. 8..., la chambre des députés déclare qu'il y a lieu à reviser les articles... des lois constitutionnelles » (suivait l'énumération des articles) (3 juillet 1884). Mais le sénat, voulant limiter d'une manière plus précise le rôle du congrès, vota une résolution dont le dispositif indiquait non seulement les articles sur lesquels porterait la revision, mais encore le sens dans lequel elle devrait être faite. Il disait : « Conformément à l'art. 8..., le sénat déclare qu'il y a lieu de reviser : 1° le § 2 de l'art. 5 de la loi du 25 février 1875; 2° le § 3 de l'art. 8 de la même loi en ce qui touche la question de savoir si le droit de revision peut s'appliquer à la forme républicaine du gouvernement; 3° les art. 1 à 7 de la loi du 24 février 1875 en ce qui touche la question de savoir s'ils seront ou non distraits des lois constitutionnelles... » (séance du 29 juillet

1884). A notre sens, une pareille résolution était incorrecte au point de vue constitutionnel, parce qu'il y avait certainement empiètement sur les pouvoirs du congrès. Désireuse d'aboutir à la revision, la chambre vota le texte du sénat (séance du 30 juillet). Le 4 août 1884 le congrès se réunissait à Versailles.

150. L'assemblée nationale de revision. — Elle se compose de tous les sénateurs et de tous les députés réunis en une seule assemblée. Elle n'est pas une réunion de la chambre et du sénat, chaque chambre conservant son individualité; elle est une assemblée nouvelle, absolument distincte de la chambre et du sénat, composée seulement des mêmes individus qu'eux. Diverses conséquences vont résulter de cette proposition.

L'assemblée nationale se réunit de plein droit lorsque les chambres ont voté les résolutions de revision. Elle détermine elle-même la durée de la session, et le président de la république ne pourra point prononcer la clôture. Il possède, aux termes de l'art. 2, § 1 de la loi const. du 16 juillet 1875, le droit de prononcer la clôture de la session des chambres; mais il n'y a plus de chambres, elles sont absorbées en quelque sorte par l'assemblée nationale. Pour la même raison le président de la république ne pourrait point, en exerçant le droit d'ajournement qui lui est donné par l'art. 2, § 2 de la loi du 16 juillet 1875, empêcher l'assemblée nationale de se réunir. *A fortiori* ne le pourrait-il pas en prononçant la dissolution de la chambre des députés conformément à l'art. 5 de la loi du 25 février 1875.

On s'est demandé si l'assemblée de revision pourrait voter une loi ordinaire. Nous ne voyons pas pourquoi elle ne le pourrait pas. Sans doute plusieurs constitutions antérieures spécifiaient que l'assemblée de revision ne pourrait que reviser. Aucune disposition de ce genre n'existe dans les lois de 1875. De plus, l'assemblée nationale qu'elles ont créée présente un caractère tout à fait différent de celui des assemblées de revision antérieures. On a voulu instituer une assemblée souveraine ayant tous les pouvoirs d'une véritable assemblée constituante (cf. § 149). Or les assemblées constituantes ont toujours eu le pouvoir de faire des lois ordinaires. L'assemblée nationale le pourra donc elle aussi, en spécifiant que la loi qu'elle vote n'a pas le caractère constitutionnel. On doit dire

cependant que le 12 août 1884, sur la proposition de son bureau, l'assemblée nationale a écarté de son ordre du jour une proposition, pour cette raison qu'elle n'avait pas pour objet une disposition constitutionnelle.

L'assemblée nationale a évidemment le droit de voter son règlement. Le 19 juin 1879, l'assemblée nationale adopta, sur la proposition de son président, le règlement de l'assemblée nationale de 1871. Le 4 août 1884, l'assemblée nationale a aussi adopté ce règlement en modifiant cependant l'art. 14 et en supprimant les art. 55-57.

Bureau. — L'assemblée nationale ne nomme pas son président, ses vice-présidents et secrétaires. En effet, aux termes de l'art. 11, § 2 de la loi const. du 16 juillet 1875, « lorsque les deux chambres se réunissent en assemblée nationale, leur bureau se compose des président, vice-présidents et secrétaires du sénat ». Il n'est rien dit des questeurs. L'assemblée nationale aurait donc le droit de nommer ses questeurs. En fait les fonctions de questeurs de l'assemblée nationale sont remplies par les questeurs du sénat.

Le bureau de l'assemblée nationale n'existe que lorsque l'assemblée nationale s'est constituée par sa réunion. Auparavant le bureau du sénat ne pourrait pas délibérer comme bureau de l'assemblée nationale. Cela a été reconnu après de longues conférences entre les bureaux des deux chambres en 1879 lors de la première réunion. Mais on admet qu'avant les réunions de l'assemblée nationale, le président du sénat, agissant comme président de l'assemblée nationale, peut faire des communications au président de la chambre et indiquer notamment le jour et l'heure de la réunion. Cf. Pierre, *Droit polit. et parlem.*, 2e édit., 1902, p. 35.

Siège de l'assemblée nationale. — Elle ne se réunit pas à Paris, mais à Versailles, aux termes de l'art. 3, § 2 de la loi du 22 juillet 1879 relative au siège du pouvoir exécutif et des chambres à Paris. Le législateur a pensé que, la réunion pouvant provoquer une certaine effervescence dans le pays et surtout à Paris, il serait plus prudent que l'assemblée nationale siégeât à Versailles. D'autre part, il n'y a pas à Paris de salle disposée à cet effet assez grande pour une assemblée de près de 900 membres. L'assemblée nationale aurait certainement le droit de désigner elle-même une autre ville et même de décider qu'elle siègera à Paris.

1884). A notre sens, une pareille résolution était incorrecte au point de vue constitutionnel, parce qu'il y avait certainement empiètement sur les pouvoirs du congrès. Désireuse d'aboutir à la revision, la chambre vota le texte du sénat (séance du 30 juillet). Le 4 août 1884 le congrès se réunissait à Versailles.

150. L'assemblée nationale de revision. — Elle se compose de tous les sénateurs et de tous les députés réunis en une seule assemblée. Elle n'est pas une réunion de la chambre et du sénat, chaque chambre conservant son individualité; elle est une assemblée nouvelle, absolument distincte de la chambre et du sénat, composée seulement des mêmes individus qu'eux. Diverses conséquences vont résulter de cette proposition.

L'assemblée nationale se réunit de plein droit lorsque les chambres ont voté les résolutions de revision. Elle détermine elle-même la durée de la session, et le président de la république ne pourra point prononcer la clôture. Il possède, aux termes de l'art. 2, § 1 de la loi const. du 16 juillet 1875, le droit de prononcer la clôture de la session des chambres; mais il n'y a plus de chambres, elles sont absorbées en quelque sorte par l'assemblée nationale. Pour la même raison le président de la république ne pourrait point, en exerçant le droit d'ajournement qui lui est donné par l'art. 2, § 2 de la loi du 16 juillet 1875, empêcher l'assemblée nationale de se réunir. *A fortiori* ne le pourrait-il pas en prononçant la dissolution de la chambre des députés conformément à l'art. 5 de la loi du 25 février 1875.

On s'est demandé si l'assemblée de revision pourrait voter une loi ordinaire. Nous ne voyons pas pourquoi elle ne le pourrait pas. Sans doute plusieurs constitutions antérieures spécifiaient que l'assemblée de revision ne pourrait que reviser. Aucune disposition de ce genre n'existe dans les lois de 1875. De plus, l'assemblée nationale qu'elles ont créée présente un caractère tout à fait différent de celui des assemblées de revision antérieures. On a voulu instituer une assemblée souveraine ayant tous les pouvoirs d'une véritable assemblée constituante (cf. § 149). Or les assemblées constituantes ont toujours eu le pouvoir de faire des lois ordinaires. L'assemblée nationale le pourra donc elle aussi, en spécifiant que la loi qu'elle vote n'a pas le caractère constitutionnel. On doit dire

cependant que le 12 août 1884, sur la proposition de son bureau, l'assemblée nationale a écarté de son ordre du jour une proposition, pour cette raison qu'elle n'avait pas pour objet une disposition constitutionnelle.

L'assemblée nationale a évidemment le droit de voter son règlement. Le 19 juin 1879, l'assemblée nationale adopta, sur la proposition de son président, le règlement de l'assemblée nationale de 1871. Le 4 août 1884, l'assemblée nationale a aussi adopté ce règlement en modifiant cependant l'art. 14 et en supprimant les art. 55-57.

Bureau. — L'assemblée nationale ne nomme pas son président, ses vice-présidents et secrétaires. En effet, aux termes de l'art. 11, § 2 de la loi const. du 16 juillet 1875, « lorsque les deux chambres se réunissent en assemblée nationale, leur bureau se compose des président, vice-présidents et secrétaires du sénat ». Il n'est rien dit des questeurs. L'assemblée nationale aurait donc le droit de nommer ses questeurs. En fait les fonctions de questeurs de l'assemblée nationale sont remplies par les questeurs du sénat.

Le bureau de l'assemblée nationale n'existe que lorsque l'assemblée nationale s'est constituée par sa réunion. Auparavant le bureau du sénat ne pourrait pas délibérer comme bureau de l'assemblée nationale. Cela a été reconnu après de longues conférences entre les bureaux des deux chambres en 1879 lors de la première réunion. Mais on admet qu'avant les réunions de l'assemblée nationale, le président du sénat, agissant comme président de l'assemblée nationale, peut faire des communications au président de la chambre et indiquer notamment le jour et l'heure de la réunion. Cf. Pierre, *Droit polit. et parlem.*, 2e édit., 1902, p. 35.

Siège de l'assemblée nationale. — Elle ne se réunit pas à Paris, mais à Versailles, aux termes de l'art. 3, § 2 de la loi du 22 juillet 1879 relative au siège du pouvoir exécutif et des chambres à Paris. Le législateur a pensé que, la réunion pouvant provoquer une certaine effervescence dans le pays et surtout à Paris, il serait plus prudent que l'assemblée nationale siégeât à Versailles. D'autre part, il n'y a pas à Paris de salle disposée à cet effet assez grande pour une assemblée de près de 900 membres. L'assemblée nationale aurait certainement le droit de désigner elle-même une autre ville et même de décider qu'elle siègera à Paris.

Quorum. — L'art. 8, § 3 de la loi const. du 25 février 1875 exige pour la validité des décisions de l'assemblée nationale un *quorum* spécial : elles doivent être prises *à la majorité absolue des membres composant l'assemblée nationale.* Beaucoup de constitutions ont exigé une majorité exceptionnelle pour la revision. Le législateur de 1875 a exigé la simple majorité absolue; mais cette majorité absolue doit se calculer sur le nombre *légal* des membres de l'assemblée nationale. c'est-à-dire sur la totalité des sièges de sénateurs et de députés, sans déduction des sièges vacants par mort ou par démission ou autre cause.

Ainsi l'assemblée nationale se composant de 300 sénateurs et de 591 députés, en tout de 891 membres, une décision ne sera votée que si elle réunit au moins 445 voix, majorité absolue de 891, quel que soit, en fait, au moment où le vote a lieu, le nombre des sièges vacants. A la séance du 4 août 1884 cette interprétation a été très vivement discutée à l'assemblée nationale, mais finalement c'est celle qui a été adoptée.

Observation. — Il importe de noter que malgré la similitude de nom et de composition, l'assemblée nationale réunie aux termes de l'art. 2 de la loi du 25 février 1875 et l'assemblé nationale réunie pour faire la revision sont des choses absolument différentes. La première n'est pas une assemblée délibérante, mais simplement un collège électoral et devrait être appelée *congrès;* la seconde est une assemblée constituante. Cf. § 136.

151. Pouvoirs de l'assemblée nationale de revision. — A notre avis, elle a tous les pouvoirs d'une assemblée constituante; elle peut faire une revision partielle ou totale; elle peut même changer la forme du gouvernement. Cela résulte clairement des conditions dans lesquelles a été voté l'art. 8 de la loi du 25 février et qui ont été expliquées au § 149. Cependant ce point a soulevé beaucoup de discussions. De bons esprits, notamment M. Esmein (*Droit const.*, 4e édit., 1906, p. 907 et suiv.) soutiennent qu'au moins depuis la loi du 14 août 1884 l'assemblée nationale de

revision n'a que des pouvoirs limités. Pour résoudre la question, il faut distinguer deux hypothèses différentes, qu'on a eu souvent le tort de ne pas nettement séparer.

1re hypothèse. — Les résolutions des chambres portent seulement ce dispositif : « Il y a lieu de reviser les lois constitutionnelles ». Nous estimons qu'en pareil cas les pouvoirs de l'assemblée sont certainement illimités, qu'elle peut faire une revision totale et qu'elle peut même changer la forme du gouvernement. Nous donnons cette solution parce que nous avons montré au § 149 que l'art. 8 fut inséré dans la loi du 25 février 1875 précisément pour permettre aux chambres à tout moment d'abolir la république et de constituer la monarchie. L'art. 8 était la concession faite par la gauche au centre droit qui consentait à voter la république.

Cela a d'ailleurs été dit en termes formels le 3 février 1875 par M. Paris, membre de la commission des Trente, répondant à une question de M. Paul Cottin : « Le texte que nous venons de vous proposer, disait M. Paris, répond suffisamment à la question posée à cette tribune. Mais puisque l'on désire une déclaration plus complète, plus catégorique, nous ajoutons, au nom de la commission, à la rédaction qui nous paraissait très claire qu'en disant : Il pourra être procédé en totalité ou en partie à la revision de la constitution, nous entendons formellement que toutes les lois constitutionnelles, dans leur ensemble, pourront être modifiées, que la *forme même du gouvernement pourra être l'objet d'une revision*. Il ne peut, il ne doit y avoir à cet égard aucune équivoque » (*Ann. Assemblée nat.*, 1871, XXXVI, p. 421).

Mais on soutient que depuis 1884 l'assemblée de revision ne pourrait point changer la forme du gouvernement, parce que la loi const. du 14 août 1884 contient un art. 2 ainsi conçu : « Le § 3 de l'art. 8 de la loi du 25 février 1875 est complété ainsi qu'il suit : « La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de revision... ». « Désormais donc, dit M. Esmein, la portée possible de la revision est limitée sur ce point » (*loc. cit.*, p. 908).

Nous estimons que cela n'est point certain et que la

question ne peut être résolue par une simple affirmation. D'abord on fait observer que cette disposition a été votée par une assemblée nationale de revision, et que par conséquent elle peut être modifiée ou abrogée par une autre assemblée de revision, que par conséquent, si tant que ce texte existe l'assemblée nationale ne peut pas changer la forme du gouvernement, elle n'a qu'à l'abroger, et la chose faite, elle pourra très constitutionnellement changer la forme du gouvernement.

D'autre part, il nous paraît certain que la disposition de l'art. 2 de la loi du 14 août 1884 n'a pas pour but et pour effet de limiter les pouvoirs du congrès, mais bien les pouvoirs de chaque chambre. En effet il est dit que la forme républicaine du gouvernement ne peut être l'objet d'une proposition de revision. Or les propositions de revision sont faites devant les chambres conformément à l'art. 8. C'est ainsi l'interdiction adressée aux chambres de discuter une proposition de revision tendant à changer la forme du gouvernement. Ainsi comprise, la disposition est très logique ; elle est l'affirmation que la république est la forme constitutionnelle du gouvernement français; il importait qu'une loi constitutionnelle le dit, puisque les lois const. de 1875 ne le disaient pas. La république étant la forme constitutionnelle du pays, il en résulte que les assemblées législatives ordinaires ne peuvent pas mettre en question cette forme constitutionnelle. Mais l'assemblée nationale qui a voté cette règle peut évidemment toujours l'abroger.

L'interprétation que nous donnons de l'art. 2 de la loi const. du 14 août 1884 nous parait confirmée par le passage suivant de l'*Exposé des motifs* du projet de revision déposé par M. Jules Ferry, président du conseil, le 24 mai 1884 : « Si nous nous proposons de soumettre à la revision l'art. 8, c'est dans l'intention de demander au congrès de faire cesser, par une disposition claire et formelle, un équivoque qui a trop duré. S'il fallait conclure de l'art. 8 qu'à tout moment, *dans chacune des deux chambres* la délibération régulière peut s'ouvrir sur la forme même du gouvernement, notre constitution ne ressemblerait à aucune autre » (*Année politique*,

1884, p. 102). Qu'a donc pour but d'interdire cette disposition ? Seulement ceci : qu'il puisse s'ouvrir, *dans les chambres*, des délibérations sur la forme même du gouvernement.

2° *hypothèse*. — Les chambres ont spécifié, dans le dispositif des résolutions votées, les articles sur lesquels doit porter la revision. L'assemblée de revision est-elle alors liée par ces résolutions ? Ne peut-elle reviser que les articles visés dans les résolutions des chambres ou au contraire même dans cette hypothèse, peut-elle faire une revision totale ?

Nous n'hésitons pas à répondre que l'assemblée n'est point liée par les résolutions antérieures des chambres. En effet, si nous avons établi que le congrès, toutes les fois qu'il est réuni pour faire la revision, est une assemblée constituante, il est certain qu'il l'est et le reste alors même que les résolutions des chambres aient spécifié les points sur lesquels doit porter la revision. D'autre part si l'on admet la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires, il paraît très difficile de comprendre comment le législateur ordinaire peut limiter les pouvoirs du législateur constituant. Tout au plus peut-on admettre que le législateur ordinaire prenne l'initiative de la revision. Sans doute la const. de 1791 (tit. VII, art. 7 et 8) et la const. de l'an III (art. 342) décidaient que l'assemblée de revision devait se borner à reviser les seuls articles constitutionnels visés par le corps législatif. Mais dans les lois de 1875 on ne trouve aucune trace d'une disposition semblable. Les auteurs des constitutions de 1791 et de l'an III avaient voulu soumettre la revision à toute sorte de conditions restrictives. Les constituants de 1875 ont voulu que la revision illimitée fût toujours possible. On ne peut donc invoquer les précédents de 1791 et de l'an III. Le caractère de notre congrès est totalement différent de celui qu'on attribuait en 1791 et en l'an III à l'assemblée de revision.

M. Goblet disait très justement, à la séance de la chambre du 12 mars 1894, « que limiter l'œuvre du congrès, c'était interpréter

l'art. 8 de la constitution et que le droit d'interpréter la constitution ne pouvait appartenir qu'au congrès lui-même ». C'est donc au congrès qu'il appartient, nonobstant toute résolution antérieure des chambres, de déterminer les points sur lesquels il fera porter la revision.

M. Esmein (p. 908) enseigne la solution contraire. Il invoque d'abord une raison de principe. Le consentement préalable des deux chambres, dit-il, est nécessaire pour ouvrir la revision et permettre à l'assemblée nationale de se réunir; si ce consentement n'est donné que sur certains points, sur certains articles, quant à tous les autres cette condition nécessaire manquant, la revision n'est pas ouverte. Ce raisonnement est un cercle vicieux ; sans doute le consentement des deux chambres est nécessaire pour que le congrès se réunisse ; mais M. Esmein ajoute qu'il est aussi nécessaire pour que le congrès puisse délibérer sur un point déterminé; or c'est précisément cela qu'il faut démontrer.

M. Esmein invoque les précédents de 1791 et de l'an III, et l'exemple de beaucoup de pays étrangers qui pratiquent le système de la revision limitée. Les précédents de 1791 et de l'an III n'ont pas de valeur, on vient de dire pourquoi. Quant à l'exemple des pays étrangers, ce n'est certainement pas une raison sérieuse. Notre droit public se suffit à lui-même. M. Esmein invoque enfin les précédents de 1879 et de 1884. Ils ne sont guère démonstratifs.

En 1879 la question ne se posa même pas. On voulait seulement abroger l'art. 9 de la loi const. du 25 février 1875, pour permettre le retour des chambres à Paris. Au mois de janvier 1882, en défendant son projet de revision, Gambetta soutint énergiquement la thèse des pouvoirs limités du congrès. La chambre des députés ne le suivit pas (cf. § 149) ; mais il est vrai qu'elle avait plutôt en vue de renverser Gambetta, dont la haute valeur lui portait ombrage, que de résoudre une question de droit constitutionnel. Le 24 mai 1884, M. Jules Ferry demandait bien aux chambres d'indiquer, et les chambres indiquèrent en effet dans le dispositif de leurs résolutions, les articles à reviser; mais le président du conseil se gardait bien de résoudre la question de droit. Il semblait bien reconnaître au congrès des pouvoirs illimités; mais il demandait aux chambres de déterminer d'avance *par un acte de sagesse politique* l'étendue et le sens de la revision. V. l'exposé des motifs du projet, ***Année politique***, 1884, p. 99 et suiv. Le congrès prit d'ailleurs plusieurs décisions qui semblent certainement indiquer qu'il ne se considérait point comme lié par le vote antérieur des chambres. C'est ainsi qu'il vota l'inéligibilité à la présidence de la république des membres des familles ayant régné sur la France (L. const. 14 août 1884, art. 2, § 3), disposition qui n'avait été annoncée ni dans les résolutions ni dans l'exposé des motifs. D'autre part l'assemblée discuta et rejeta au fond une proposition de M. Andrieux tendant à l'abrogation des art. 1 à 7 de la loi const. du 24 février 1875, disposition qui avait

été écartée d'avance par les chambres, dont les résolutions portaient qu'on ne discuterait sur ces articles que la question de leur *déconstitutionnalisation*. Si donc on peut tirer un argument du précédent de 1884, c'est en faveur des pouvoirs illimités du congrès.

Promulgation des lois portant revision. — Bien qu'il ne soit rien dit dans la constitution, elles doivent certainement être promulguées par le président de la république; les lois du 21 juin 1879 et du 14 août 1884 portant revision de lois constitutionnelles ont été promulguées en la forme ordinaire (cf. § 139).

Mais nous croyons que l'art. 7 de la loi const. du 16 juillet 1875 est ici sans application. En effet, cet article est relatif au système d'équilibre et d'action réciproque que la constitution a voulu établir entre le président de la république personnifiant le gouvernement et les chambres. Or, cela n'a rien à faire ici, puisque le président de la république se trouve en présence du pouvoir constituant. En conséquence, le président de la république ne peut pas user du délai de huit jours ou d'un mois qui lui est accordé par l'art. 7 pour les lois ordinaires. Il devra promulguer la loi portant revision dans le plus bref délai possible. Il ne peut point user du droit de *veto* suspensif qui lui est conféré par le même article 7, § 2 : il ne pourrait point demander à l'Assemblée nationale une nouvelle délibération. Le texte lui-même s'y oppose. Il porte, en effet, que le président de la république peut demander aux *deux chambres* une nouvelle délibération; ici, la seconde délibération devrait être demandée à l'assemblée nationale.

Dans la séance du 24 février 1875, l'Assemblée nationale a repoussé une proposition de M. Raudot tendant à donner au président de la république un droit de *veto suspensif* à l'égard des lois de revision (*Ann. Ass. nat.* de 1871, XXXVI, p. 529).

Observation. — L'assemblée nationale de revision, constituée conformément à l'art. 8 de la loi du 25 février, pourrait certainement se déclarer dissoute et ordonner la convocation d'une assemblée nationale

constituante qui, elle, ferait la revision. En effet, en agissant ainsi, l'assemblée de revision ne ferait que modifier les dispositions de l'art. 8. Or, elle peut certainement le faire, puisqu'elle peut faire une revision illimitée.

Pour la même raison, l'assemblée de revision pourrait décider que la revision qu'elle fera ou que fera l'assemblée constituante dont elle ordonne l'élection sera soumise à un *referendum* populaire. On a montré au § 51 que, très probablement, le législateur ordinaire prendrait une décision inconstitutionnelle en décidant qu'une loi votée par lui serait soumise à un *referendum*. Mais l'assemblée de revision a le pouvoir constituant et pourrait incontestablement prendre une pareille décision.

La commission de revision nommée par la chambre en 1889 pour examiner plusieurs propositions de revision concluait, par l'organe de son rapporteur, M. Tony Révillon, que la revision devait être faite par une assemblée constituante spécialement élue à cet effet et le projet de loi sorti de ses délibérations soumis à la ratification populaire. A l'objection qu'une constituante pourrait rétablir la monarchie, le rapporteur répondait en rappelant ce qui avait été dit dans l'exposé des motifs du projet de résolution présenté par M. Floquet, président du conseil : « La république est la forme *nécessaire* du suffrage universel » et il ajoutait : « Les constitutions ne peuvent faire la république ni la défaire ; en la proclamant, elles reconnaissent le droit » (Rapport de M. Tony Revillon lu à la chambre des députés, le 9 février 1889). Il ne fut point donné suite à ce projet de revision.

Conclusion. — On voit, par tout ce qui précède, que dans le système actuel la revision totale est toujours possible par les députés et les sénateurs réunis en congrès. A chaque élection, les électeurs doivent savoir qu'en nommant députés et sénateurs, ils nomment peut-être les membres d'une assemblée nationale constituante. Théoriquement un pareil système semble dangereux pour la stabilité des institutions politiques. Il réduit au minimum la portée de la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires. Il est à l'opposé du système admis par nos consti-

tutions antérieures, qui entouraient la revision de toute sorte d'obstacles. Et cependant, depuis trente-et-un ans, notre constitution n'a reçu que des modifications de détail et le gouvernement fondé en 1875 a notablement dépassé la durée moyenne des gouvernements de la France au XIXe siècle, sans que la lettre de la constitution ait été violée une seule fois !

ADDITIONS

Séparation des églises et de l'Etat. — Le ministère Clémenceau, constitué le 25 octobre 1906, s'est trouvé en face de graves difficultés nées de l'interdiction, faite aux catholiques par l'encyclique *Gravissimo* (10 août 1906), de former des associations cultuelles.

Dans la déclaration lue aux chambres le 5 novembre 1906, il disait : « Notre tâche immédiate sera d'assurer à tous les citoyens par le régime nouveau de la séparation des églises et de l'Etat, hautement ratifié par le pays aux dernières élections, le plein exercice de la liberté de conscience... En même temps que nous assurerons la liberté des cultes, nous appliquerons la loi dans toutes ses dispositions... » (*J. off.*, 1906, chambre, p. 2386-87). Ainsi dès son arrivée au pouvoir, le nouveau ministère annonçait son intention d'assurer le libre exercice du culte et en même temps l'application de la loi de séparation malgré sa non-acceptation par le Saint-Siège. Répondant aux diverses interpellations sur les affaires religieuses, M. Briand, ministre de l'instruction publique et des cultes, dans un grand discours prononcé à la chambre le 9 novembre 1906, précisait les intentions du gouvernement. Après avoir très justement montré que la loi de décembre 1905 était essentiellement une loi de liberté, et que l'église était mal venue à repousser les associations cultuelles quand elle avait accepté la libre nomination des évêques et les pensions ecclésiastiques, le ministre annonçait que, conformément au principe de liberté inscrit dans l'art. 1 de la loi, le culte catholique pourrait pour le moment s'exercer librement dans les églises conformément à la loi du 30 juin 1881 sur les réunions publiques. Il ajoutait que des associations cultuelles pourraient encore se former avec vocation à la dévolution des biens jusqu'au 11 décembre 1907 et cela en vertu du règlement d'administration publique du 17 mars 1906 (art. 11), faisant corps avec la loi. Rapp. le second discours de M. Briand à la chambre, séance du 13 novembre 1906. Ces déclarations furent approuvées par un ordre du jour de confiance adopté par 416 voix contre 163 (séance du 13 novembre 1906).

Le 1er décembre 1906, le ministre de l'instruction publique et des cultes adressait aux préfets une circulaire « relative aux conditions d'exercice du culte public à défaut d'associations cultuelles ». L'esprit de liberté et de tolérance qui inspirait cet acte apparait nettement dans les premières lignes, où il est dit : « La loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des églises et de l'Etat est toute entière dominée par le principe de la liberté de conscience, d'où dérive le libre exercice du culte. Cette double liberté proclamée par l'art. 1er n'a pas d'autres limites que celles qui sont posées par la loi elle-même dans l'intérêt de l'ordre public. Dès lors si les adeptes d'une religion, membres du clergé et fidèles, renoncent à former des associations cultuelles..., ils ne sont pas pour cela privés du droit de pratiquer la religion. Indépendamment de la faculté qui leur appartient de recourir au culte privé, ils peuvent, sans s'unir par les liens d'un contrat d'association, subvenir à l'exercice public du culte par des réunions tenues sur initiatives individuelles, et bénéficier ainsi, à défaut de la liberté d'association dont ils ne veulent pas user..., de la liberté de réunion ». Le ministre rappelait en outre que le conseil d'Etat s'était prononcé en ce sens par un avis du 31 octobre 1906.

En conséquence, il était dit, dans la circulaire, que des réunions publiques cultuelles pourraient avoir lieu conformément à la loi du 30 juin 1881, qui devait toutefois recevoir « par la force des choses certains accommodements pour s'adapter aux cérémonies religieuses ». Ainsi la constitution d'un bureau, exigé par l'art. 8 de la loi de 1881, ne sera point exigée pour les réunions cultuelles et, à défaut de ce bureau, les organisateurs seront responsables dans les termes de l'art. 8. D'autre part, la déclaration exigée par l'art. 2 de la loi de 1881 pour toute réunion publique devra être nécessairement faite; mais donnant une interprétation très large de cette disposition, le ministre décidait « qu'une seule déclaration suffirait pour toutes les cérémonies religieuses publiques, dont les jours et heures pourraient être facilement déterminés à l'avance ».

La circulaire déterminait de plus en détail le sort des biens ecclésiastiques après le 11 décembre 1906. Pour les églises, le ministre déclarait que « jusqu'à décision contraire, elles conserveraient, avec les objets mobiliers les garnissant, leur affectation antérieure, qu'il résulte en effet de l'art. 13 que pour libérer les églises... appartenant à l'Etat et aux communes, de l'affectation dont elles sont grevées, un décret ou une loi, suivant les circonstances, est nécessaire ». Pour la situation qui devait être faite aux biens des fabriques, menses, chapitres et séminaires, et aux évêchés, presbytères et séminaires, cf. la suite de la circulaire insérée au *J. off.*, 2 décembre 1906. — Rapp. seconde circulaire du ministre de l'instruction publique et des cultes visant spécialement les séminaires, 7 décembre 1906, *J. off.*, 10 décembre, circulaires du garde des sceaux, ministre de la justice et du ministre de l'instruc-

tion publique et des cultes, relatives aux infractions commises à l'occasion de l'exercice public du culte, 10 décembre 1906, *Le Temps*, 11 décembre, une circulaire du ministre des finances aux préfets, relative à l'attribution ou mise sous séquestre des biens des établissements publics du culte supprimés et une circulaire du même ministre aux trésoriers payeurs généraux sur le même objet, 12 novembre 1906, *J. off.*, 4 décembre 1906, et enfin un arrêté du ministre des finances suivi d'instructions relatives au sequestre des biens des établissements publics du culte supprimés, 1er décembre 1906, *J. off.*, 7 décembre 1906.

L'esprit libéral et tolérant du gouvernement paraissait devoir assurer, au moins provisoirement, l'exercice paisible du culte catholique public. Plusieurs évêques avaient déjà prescrit à leurs prêtres de faire la déclaration de la loi de 1881 dans les conditions déterminées par la circulaire précitée du ministre des cultes. Le cardinal Lecot, archevêque de Bordeaux, notamment, dans une lettre-circulaire aux prêtres de son diocèse, écrivait : « La loi de 1905 étant condamnée par l'Encyclique et le Saint-Père nous ayant invités à recourir au droit commun pour sauvegarder les intérêts et les libertés de l'Eglise de France, nous chercherons dans la loi de 1881 nos droits et nos garanties. Or, cette loi demande que vous fassiez deux jours à l'avance une déclaration... Cette déclaration n'étant qu'une formalité administrative qui n'implique ni renonciation à aucun droit, ni l'intervention d'une ingérence étrangère dans l'exercice du culte, *nous ne voyons aucun motif d'importance qui nous empêche de la signer* » (*L'Aquitaine*, semaine religieuse de Bordeaux, 7 décembre 1906). Mais, à la surprise générale, le 7 décembre 1906, le cardinal Richard, archevêque de Paris, adressait à tous les membres de l'épiscopat français, la note-circulaire suivante : « A la question posée par plusieurs évêques à la suite de la récente circulaire ministérielle, le Saint-Père répond : Continuer le culte dans les églises; s'abstenir de toute déclaration. Communiqué par ordre de Sa Sainteté pour assurer l'uniformité des décisions de l'épiscopat » (*Le Temps*, 10 décembre 1906).

Il y avait là un acte d'hostilité caractérisé, que ne pouvaient évidemment ni justifier ni même expliquer les principes de la discipline ecclésiastique invoqués par le pape dans les encycliques *Vehementer nos* et *Gravissimo*, un acte d'hostilité qui répondait mal aux intentions conciliantes, aux dispositions libérales du gouvernement et qui, partant, ne pouvait le laisser indifférent. Dès le 10 décembre, M. Clémenceau, président du conseil, répondant à une question de M. Grousseau, disait à la chambre (2e séance) : « Nous vous offrons le droit de réunion, tel qu'il a été établi il y a déjà longtemps, avant qu'il fût question de la séparation. Si vous voulez vous conformer à une loi qui a été faite pour tous les Français et au respect de laquelle aucun Français ne peut se soustraire, la paix est possible ; nous vous l'offrons loyalement dans ces conditions. Au

contraire, si vous voulez la guerre, vous l'aurez et si vous nous cherchez, vous nous trouverez ». En fait, dans beaucoup d'églises, le culte public a pu être exercé régulièrement grâce à des déclarations faites par de simples citoyens.

Néanmoins le gouvernement a saisi les chambres d'un projet de loi destiné à régler la situation d'une manière précise (lu à la 2e séance de la chambre, 15 décembre 1906). D'après ce projet, la loi de 1905 reste en vigueur dans toutes ses parties, sauf en ce qui concerne les biens dont les associations cultuelles qui pourraient se former ont désormais perdu le bénéfice. Mais les fidèles reçoivent le droit d'assurer l'exercice public du culte par d'autres moyens que l'association cultuelle : ils peuvent pour cela se servir de l'association telle qu'elle est réglée par la loi du 1er juillet 1901, combinée avec celle de 1881 sur la liberté de réunion. L'art. 1 du projet est ainsi conçu : « Indépendamment des associations soumises aux prescriptions des art. 18 et suiv. de la loi du 9 décembre 1905, l'exercice public d'un culte peut être assuré tant au moyen d'associations régies par la loi du 1er juillet 1901, art. 1, 9 et 12, que par voie de réunions qni continueront à pouvoir être tenues sur initiative individuelle, en vertu de la loi du 30 juin 1881 et selon les prescriptions de l'art. 25 de la loi du 9 décembre 1905 ». En ce qui concerne les églises, le projet nouveau laisse subsister intactes les règles établies par la loi de 1905 (art. 13). Mais l'art. 2, §§ 1 et 2, porte que « les édifices affectés à l'exercice du culte, ainsi que les meubles les garnissant, continueront à être laissés jusqu'à leur désaffectation régulière à la disposition des fidèles et des ministres du culte pour la pratique de leur religion, que la jouissance gratuite en pourra être accordée soit à des associations (formées suivant la loi de 1901), soit aux ministres du culte ». Pour la liquidation des biens des établissements ecclésiastiques, le projet nouveau, considérant que devant la prohibition du pape, il n'y a pas lieu de prévoir la formation d'associations cultuelles, supprime le délai d'un an fixé par l'art. 11 du règlement du 17 mars 1906. On ne saurait méconnaître que ce projet respecte entièrement le principe de la liberté religieuse, en assurant aux catholiques le libre exercice de leur culte, sous la garantie de la loi. Espérons que malgré l'intransigeance aveugle de Pie X, il donnera la paix religieuse à notre pays. Le projet a été voté par la chambre avec quelques légères modifications le 21 décembre.

On a prêté en outre (*Le Temps*, 15 décembre 1906) au gouvernement l'intention de demander aux chambres le vote d'une loi d'après laquelle les ecclésiastiques qui se conformeraient aux ordres du Saint-Siège seraient considérés comme ayant accepté des fonctions publiques d'un gouvernement étranger et perdraient de ce chef la qualité de Français, conformément à l'art. 17, n° 3 du code civil. Si pareille loi était votée, elle serait assurément une atteinte directe à la liberté de conscience, une véritable loi de proscription et en

outre une flagrante contradiction. En effet, de deux choses l'une, ou le Saint-Siège est un gouvernement, et alors il faut négocier avec lui; ou au contraire il n'est pas un gouvernement, dès lors le citoyen français qui, en vertu de ce qu'il considère comme un devoir de conscience, obéit à ses injonctions, ne peut en aucune façon être traité comme un fonctionnaire étranger. Le gouvernement paraît d'ailleurs avoir renoncé à ce projet.

Sur les rapports de l'église catholique et de la troisième république, outre les ouvrages cités à la page 620, cons. Despagnet, *La République et le Vatican* (1870-1906), 1906, avec préface d'Hanotaux; Debidour, *L'église catholique et l'Etat sous la troisième République* (1870-1906), 1906; Odin et Reynaud, *La loi du 9 décembre 1905*, 1906.

Babouvisme. — Outre les ouvrages cités à la page 639, cons. Buonarroti, *Conspiration pour l'égalité dite de Babeuf*, Bruxelles, 1828; Advielle, *Histoire de Graccus Babeuf et du Babouvisme*, 1884; Deville, *Thermidor et Directoire*, tome V, de l'*Histoire socialiste* publiée sous la direction de M. Jaurès, p. 302-336.

Responsabilité de l'Etat. — Outre les arrêts du conseil d'Etat cités à la page 670, cf. cons. d'Etat, 30 mars 1906 (*Rec.*, p. 277) et 6 avril 1906 (*Rec.*, p. 339). Cons. aussi Tirard, *La responsabilité de la puissance publique*, 1906.

La question de la responsabilité de l'Etat législateur vient de se poser devant le sénat (4 décembre 1906) pendant la discussion du projet de loi tendant à interdire l'emploi de la céruse dans les travaux de peinture. Malgré l'opposition du gouvernement, le sénat a voté un art. 3, d'après lequel les fabricants dont l'industrie sera atteinte par la prohibition de la loi nouvelle auront droit à une indemnité fixée par le tribunal civil. Nous n'avons pas à rechercher s'il y avait des considérations de fait de nature à justifier cette indemnité, mais seulement à poser et à résoudre la question de savoir si l'Etat qui établit par la loi une prohibition entraînant un préjudice pour certaines personnes est obligé, par le droit supérieur à lui, de payer une indemnité à ces personnes. Nous répondons non sans hésiter. Nous avons montré (p. 660) que l'Etat ne doit pas d'indemnité, alors même que sa loi viole le droit objectif. *A fortiori*, n'en doit-il pas quand la loi qu'il fait a pour but d'interdire, dans l'intérêt de la société, l'emploi d'un produit nocif, quand, d'une manière générale, il formule une règle conforme certainement au droit objectif. Mais, ont dit au sénat MM. Pouthier de Chamaillard, Guillier, Prevet, l'Etat exproprie une propriété industrielle, il doit donc nécessairement une indemnité. Il y a là une erreur que M. Viviani, ministre du travail, a justement relevée: il n'y a expropriation que lorsque l'Etat, par une décision individuelle, porte atteinte à une situation juridique déterminée; il n'y a pas expropriation

lorsque l'Etat, par une loi nouvelle, modifie une situation légale. Les fabricants de céruse se trouvaient dans une certaine situation légale : cette situation est modifiée par une loi nouvelle, ils n'ont point droit à indemnité. Il n'y aurait pas de réforme législative possible, si tous ceux qu'elle lèse avaient droit à une indemnité : car il n'y a pas une loi nouvelle qui ne profite à certains et ne lèse quelques uns. V. la discussion au sénat, *J. off.*, sénat, 5 déc. 1906.

La Russie. — Sur le mouvement démocratique en Russie et les élections à la Douma (p. 710), cons. R. Récouly, *Le tsar et la Douma*, 1907 ; Kovalewsky, *La crise russe*, 1906.

Indemnité parlementaire. — L'indemnité des députés et des sénateurs, fixée à 9.000 francs par les lois du 30 novembre 1875 (art. 17) et du 2 août 1875 (art. 26) (cf. p. 802), a été portée à 15.000 fr. par la loi du 13 novembre 1906. Quelques jours après la promulgation de cette loi, en présence de la fâcheuse impression qu'elle avait provoquée dans le pays, la chambre des députés fut saisie, à propos de la fixation de ses dépenses pour l'exercice 1907, d'une proposition de M. Jaurès tendant « à surseoir au vote sur la part des crédits de la chambre afférente à la loi du 23 novembre 1906 » jusqu'au dépôt, par la commission du suffrage universel, d'un projet complet sur la réforme électorale. La motion de M. Jaurès fut repoussée par 346 voix contre 148 ; et en votant par 290 voix contre 210 le chiffre proposé par sa commission de comptabilité, la chambre repoussa les amendements qui tendaient, malgré la loi nouvelle, à maintenir l'indemnité législative à 9.000 fr. (2e séance du 30 novembre 1906).

La loi du 23 novembre 1906 porte : « Elle (l'indemnité législative) est réglée par le 2e § de l'art. 96 et par l'art. 97 de la loi du 15 mars 1849, ainsi que par les dispositions de la loi du 16 février 1872 ». De cela il résulte que toutes les règles exposées au § 112 restent applicables, depuis la loi nouvelle, à l'indemnité parlementaire portée à 15.000 fr.

Des hommes politiques et des journalistes ayant dit que la loi du 23 novembre avait été irrégulièrement votée parce que, bien que contenant une création de dépense, elle avait été votée à mains levées et non au scrutin public, M. le président Brisson a très justement déclaré que la règle du scrutin public forcé ne s'applique qu'aux propositions tendant à modifier un budget en cours d'exercice et non point à celles augmentant les dépenses d'un budget non encore voté, que c'était précisément le cas de la proposition devenue la loi du 23 novembre 1906 (2e séance du 30 novembre 1906).

Pouvoir réglementaire du président de la république. — Sur le pouvoir réglementaire du président de la république en matière d'organisation des services publics (p. 1032), cf. arrêt cons. d'Etat,

4 mai 1906, qui le reconnaît formellement, et conclusions intéressantes de M. Romieu, commissaire du gouvernement (*Rec.*, p. 362 et suiv.). Nous faisons cependant à certains égards nos réserves sur le fond et la forme des conclusions de M. Romieu ; nous ne saurions par exemple parler avec lui « du contrat entre l'administration et ses agents ».

Dans sa séance du 4 décembre 1906, le sénat a voté la prise en considération d'une proposition de M. Forgemol de Bostquénard, relative aux règlements d'administration publique.

Ministère du travail et de la prévoyance sociale. — La création de ce ministère, faite par décret du 25 octobre 1906, a été implicitement ratifiée par la loi du 16 novembre 1906 portant ouverture, sur l'exercice 1906, d'un crédit supplémentaire de 35.998 fr. afférent au dit ministère. La même loi ratifiait aussi implicitement, par l'affectation d'un crédit de 3.000 fr., la création d'un sous-secrétariat à la guerre (D. 25 oct. 1906).

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES

Les chiffres renvoient aux pages. Les chiffres marqués d'un astérisque indiquent l'endroit où la matière est particulièrement traitée (1).

(1) Cette table a été faite par M. Delpech, professeur à la Faculté de droit d'Aix; nous lui en adressons nos plus chaleureux remerciements.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE

Théorie générale de l'Etat.

CHAPITRE PREMIER

LES ÉLÉMENTS DE L'ÉTAT

CHAPITRE III

LES ORGANES DE L'ÉTAT

A. *L'organe direct suprême.*

B. *Les organes de représentation.*

C. *Les agents de l'Etat.*

CHAPITRE IV

LE DROIT ET L'ÉTAT

DEUXIÈME PARTIE

Organisation politique de la rance.

CHAPITRE PREMIER

LE CORPS ÉLECTORAL

Pages

CHAPITRE II

LE PARLEMENT

CHAPITRE III

LE GOUVERNEMENT

A. *Le président de la république.*

B. *Les ministres.*

CHAPITRE IV

DE LA REVISION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES

29.495. — Bordeaux, Y. Cadoret, impr.



